



## 弼兴每月速递 | 7 月刊



微信公众号：弼兴 法律及知识产权

上海弼兴律师事务所总部位于上海，同时具有专利和商标代理资格，以提供以知识产权为核心的全方位的法律服务为特色，业务领域主要包括：知识产权、公司治理、外商与境外投资、企业并购以及劳动法务等方面。我们的专家团队深刻理解企业的需求，谙熟国内外的法律实务体系、监管环境以及商业惯例，并且能够熟练运用多国语言与客户交流。我们已经与上百个国家和地区的律所和知识产权代理公司建立了业务合作关系，能够在全球范围内充分利用各地的法律资源解决当地的法律问题，为客户提供及时、切实且有创意的法律服务。

我们密切关注最新立法与政策动态，致力于研究实务动向，并且注重分享，我们推出此刊物以帮助客户了解法律走向，及时准确的作出预判。如果您有具体的法律服务需求，欢迎与我们联系，我们将以优质高效的法律服务、切实严谨的工作态度以及奋发协作的团队精神，弼助您的事业兴旺成功！

## 目录

- 新规速递 ..... 3
  - 市场监管总局关于公开征求《经营者集中反垄断合规指引（征求意见稿）》意见的公告 ..... 3
  - 上海市知识产权局关于印发《上海市地理标志专用标志使用核准管理办法》的通知 ..... 5
  - 关于《技术秘密存证服务指南》（征求意见稿）征求意见的通知 ..... 10
- 典型案例摘要 ..... 12
  - 上海检察机关服务营商环境知识产权保护十大案例 ..... 12
  - 职务发明与离职员工原单位本职工作相关性的认定 ..... 26
  - 主要利用单位的物质技术条件完成的发明创造为职务发明创造 ..... 29
- 实务研究 ..... 31
  - 第 100 期 | 公司法规范类型的选择与识别——以公司法二审稿为讨论对象 ..... 31
  - 第 117 期 | 信息处理者安全保护义务的实践困境与出路 ..... 57
  - 第 245 期 | 涉无因管理案件司法统计分析 ..... 75



## 新规速递

### 市场监管总局关于公开征求《经营者集中反垄断合规指引（征求意见稿）》意见的公告



# 国家市场监督管理总局

State Administration for Market Regulation

### 市场监管总局关于公开征求《经营者集中反垄断合规指引（征求意见稿）》意见的公告

为引导经营者落实经营者集中反垄断合规主体责任，提高经营者集中反垄断合规意识和管理水平，促进经营者持续健康发展，市场监管总局研究起草了《经营者集中反垄断合规指引（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见。公众可通过以下途径和方式提出意见：

一、通过登录国家市场监督管理总局官方网站（网址：<http://www.samr.gov.cn>），在首页“互动”栏目中的“征集调查”提出意见。

二、通过电子邮件发送至 [jyzjz@samr.gov.cn](mailto:jyzjz@samr.gov.cn)。邮件主题请注明“经营者集中反垄断合规指引公开征求意见”字样。

三、通过信函邮寄至北京市西城区三里河东路 8 号国家市场监督管理总局反垄断执法二司（邮政编码：100820）。信封上请注明“经营者集中反垄断合规指引公开征求意见”字样。

意见反馈截止日期为 2023 年 7 月 3 日。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





[附件：《经营者集中反垄断合规指引（征求意见稿）》.docx](#)

市场监管总局

2023 年 6 月 19 日

来源：国家市场监督管理总局官网

链接：[https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art\\_11a011a679274bf0bc4f0b05954d5e15.html](https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art_11a011a679274bf0bc4f0b05954d5e15.html)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 上海市知识产权局关于印发《上海市地理标志专用标志使用核准管理办法》的通知



### 上海市知识产权局关于印发《上海市地理标志专用标志使用核准管理办法》的通知

【本办法自 2023 年 7 月 8 日起施行，有效期至 2025 年 6 月】

沪知局规〔2023〕3 号

各有关单位：

现将《上海市地理标志专用标志使用核准管理办法》印发给你们，请认真贯彻执行。

上海市知识产权局

2023 年 6 月 7 日

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 上海市地理标志专用标志使用核准管理办法

第一条 为加强地理标志产品保护,规范地理标志专用标志使用核准工作程序,根据《地理标志产品保护规定》《地理标志专用标志使用管理办法(试行)》《国家知识产权局办公室关于确定第二批地理标志专用标志使用核准改革试点及持续深化第一批改革试点地方的通知》(国知办函保字〔2022〕593号),制定本办法。

第二条 本办法适用于全市地理标志专用标志使用核准改革试点期间地理标志专用标志使用核准及监督管理工作。

第三条 经国家知识产权局批准的地理标志保护产品所在地区知识产权局(以下简称区局)负责相关地理标志专用标志使用申请初审,并向上海市知识产权局(以下简称市局)报送相关申请资料。

市局负责对地理标志专用标志使用申请进行审核,核准使用地理标志专用标志并发布公告,报送国家知识产权局登记备案。

第四条 地理标志保护产品产地范围内的生产者需要使用地理标志保护产品专用标志,并符合以下申请条件的,可以向区知识产权局提出申请:

- (一) 产品产自地理标志产品保护公告规定的特定地域范围;
- (二) 产品符合地理标志产品保护公告规定的质量技术要求;
- (三) 具有实际生产能力、处于正常生产经营状态,无严重失信行为。

第五条 申请使用地理标志专用标志的生产者应向区局提交以下申请资料:

- (一) 地理标志产品专用标志使用申请书(含承诺书);
- (二) 地理标志产品质量检验合格报告。



第六条 区局收到申请资料后开展实地核查。实地核查由两名以上工作人员进行，负责查验申请人生产地域、生产条件、经营状况及相关生产经营资质证明材料。

实地核查符合要求的，区局出具核验报告，予以受理。不符合要求的，不予受理并书面告知申请人。申请资料可以现场补正的，应当允许申请人现场补正。

第七条 区局自受理之日起 5 个工作日内完成初审，并将相关申请资料报送市局，并提供下列材料：

- (一) 核验报告；
- (二) 地理标志产品专用标志使用申请书（含承诺书）；
- (三) 申请专用标志使用企业汇总表。

第八条 市局自收到区局提交的申请资料之日起 5 个工作日内完成审核。符合要求的，予以核准使用，在市局官方网站上发布公告，并报送国家知识产权局登记备案。不符合要求或需要补正材料的，书面通知区局，由区局告知申请人。

市局审核可采取材料审核和现场审核相结合的方式。

第九条 获准使用地理标志专用标志的生产者名称发生变化的，应持变更事项相关证明材料向区局提出变更申请，并提交地理标志专用标志使用变更申请书。

第十条 区局自收到变更资料后开展实地核查。实地核查符合要求的，区局出具核验报告，予以受理。不符合要求的，不予受理并书面告知申请人。申请资料可以现场补正的，应当允许申请人现场补正。

区局自受理之日起 5 个工作日内完成初审，并将相关申请资料报送市局，并提供下列材料：

- (一) 核验报告（变更）；
- (二) 地理标志专用标志使用变更申请书；



(三) 企业名称变更事项相关证明材料。

第十一条 市局自收到变更申请资料之日起 5 个工作日内完成审核。

符合要求的，予以核准变更，在市局官方网站上发布公告，并报送国家知识产权局登记备案。不符合要求或需要补正材料的，书面通知区局，由区局告知申请人。

第十二条 获准使用地理标志专用标志的生产者，未按相应标准和管理规范组织生产的，或者 2 年内未在地理标志产品上使用专用标志的，由区局收集相关材料并向市局提出建议，经市局初审后报送国家知识产权局审核，停止其地理标志专用标志使用资格、注销使用核准登记并对外公告。

第十三条 各区局应严格属地地理标志专用标志使用管理，督促专用标志使用者建立印制、使用地理标志专用标志管理台账，鼓励运用地理标志产品溯源防伪信息系统等信息化手段对使用地理标志专用标志各环节实行全过程监督。

市局指导各区局通过“双随机、一公开”专项抽查、专项整治等方式加强监督管理，防止滥用或其它不符合相关规定的行为发生。

第十四条 每年 12 月，区局将本年度辖区地理标志专用标志使用情况报市局，由市局统一向国家知识产权局报送本年度相关情况。

第十五条 本办法自 2023 年 7 月 8 日起施行。

- 附件：1. 地理标志产品专用标志使用申请书  
2. 申请使用专用标志企业汇总表  
3. 核验报告  
4. 地理标志产品专用标志使用审查意见书





5. 地理标志专用标志使用申请受理通知书
6. 地理标志专用标志使用申请不予受理通知书
7. 地理标志专用标志使用变更申请书
8. 核验报告（变更）

PDF 下载:

[上海市知识产权局关于印发《上海市地理标志专用标志使用核准管理办法》的通知.pdf](#)

相关附件:

[沪知局规〔2023〕3号.docx](#)

来源: 上海市知识产权局官网

链接: <https://sipa.sh.gov.cn/gfxwj/20230609/6121f88cfb86491b9fe2b721ee57ae90.html>

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)  
电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱: [law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址: [www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 关于《技术秘密存证服务指南》（征求意见稿）征求意见的通知



### 关于《技术秘密存证服务指南》（征求意见稿）征求意见的通知

各有关单位：

由中国专利保护协会组织起草的《技术秘密存证服务指南》已完成征求意见稿，现公开征求意见。请于 2023 年 7 月 7 日之前将《意见汇总表》反馈至中国专利保护协会。

中国专利保护协会

2023 年 6 月 5 日

联系人：王伟

电 话：010-62159161

传 真：010-62157951

邮 箱：standard@ppac.org.cn

地 址：北京市海淀区花园路 7 号，中国新时代大厦三层（100088）

附件下载：

[附件 1：技术秘密存证服务指南（征求意见稿）](#)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





[附件 2：标准征求意见汇总表-XX 单位](#)

来源：中国专利保护协会官网

链接：<http://www.ppac.org.cn/news/detail-2-469.html>



地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshinglaw.com](mailto:law@beshinglaw.com)  
网址：[www.beshinglaw.com](http://www.beshinglaw.com)



## 典型案例摘要

# 上海检察机关服务营商环境知识产权保护十大案例

### 上海检察机关服务营商环境 知识产权保护十大案例

- 01 周某某侵犯某电子科技制造公司商业秘密案
- 02 德某公司、蔡某、陈某某侵犯商业秘密案
- 03 李某某等人侵犯著作权案
- 04 郭某等人侵犯著作权案
- 05 郑某甲等人侵犯著作权、销售侵权复制品案
- 06 吴某某等人假冒注册商标、非法制造注册商标标识系列案
- 07 江某某等人假冒注册商标案
- 08 夏某销售假冒注册商标的商品案
- 09 F葡萄酒有限公司、王某某假冒注册商标案
- 10 “南汇8424西瓜”地理标志被侵权民事支持起诉案

△图片来源：上海检察微信公众号

#### 案例一

#### 周某某侵犯某电子科技制造公司商业秘密案

#### 案情简介

2016年9月至2019年1月，被告人周某某入职某电子科技制造公司担任设计服务部主任工程师，具有查阅公司持有的数据包的权利。2017年3月至2018年11月，周某某违反与公司签订的劳动合同及保密协议，将包含两个技术IP数据包的文件下载至工作电脑硬盘，再以拆除硬盘的方式将上述文件带离公司并存

地址：上海市徐汇区小木桥路681号外经大厦21楼、26楼、29楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



储于其个人电脑。经鉴定，公司主张的技术属于不为公众所知悉的技术信息，周某某获取的上述两个 IP 数据包所含技术方案与公司主张的技术秘密信息相同。公司对上述商业秘密采取了设置 FTP 权限、监控公司网络流量、签署带有保密义务的劳动合同及保密协议等保密措施，并通过实际应用该技术信息取得经济效益。经审计，公司因被侵犯商业秘密造成损失人民币 128 万余元。2020 年 8 月，周某某被抓获，到案后如实供述了侦查机关尚未掌握的部分上述犯罪事实。

### 判决结果

2022 年 9 月，上海市人民检察院第三分院以涉嫌侵犯商业秘密罪对被告人周某某提起公诉。2022 年 10 月，一审法院以侵犯商业秘密罪判处周某某有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金人民币 6 万元。一审判决宣告后，周某某未提出上诉，判决已生效。

### 评析意见

本案系上海首例“持有型”侵犯商业秘密犯罪案件，即虽尚未披露、使用或者允许他人使用，但被告人违反保密义务，以不正当手段获取商业秘密的行为，致使商业秘密处于泄露、被动公开等危险状态，依法应当认定构成犯罪。对此类行为进行惩治凸显了知识产权“严保护”的司法导向。

检察机关依托提前介入机制，全面充分把握案情，引导侦查机关取证固证。针对本案以不正当手段获取权利人商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的等定罪量刑难点问题，一是严格把握商业秘密刑事与民事保护的边界，结合在案证据判断被告人主观上是否具有出卖的非法目的，是否可能对权利人经营和发展造成实质性影响；二是采用“虚拟许可+类比参照”的标准认定损失数额，深入了解权利人授权的收费模式，与资产评估公司多次开展会商，并结合类案检索和研判，依据该项商业秘密的研究开发成本认定合理许可使用费，确保犯罪金额的认定合理准确。

在依法打击侵犯商业秘密犯罪的同时，检察机关依法能动履职，兼顾治罪与治理，对上述电子科技制造公司的保密措施开展实地调研，针对企业在员工、涉密办公设备及场所管理方面存在的疏漏提出风险防范指引，助力权利人完善企业经营和发展，为建设上海科创中心提供法治保障。



## 案例二

### 德某公司、蔡某、陈某某侵犯商业秘密案

#### 案情简介

权利人上海 A 检测技术有限公司（以下简称 A 公司）是一家从事医疗器械产品力学检测及检测设备研发业务的高新技术企业，自主研发生产多款疲劳试验机，用于骨科植入物器械材料的动态力学性能疲劳测试、对外销售或提供检测服务。被告人蔡某、陈某某原分别系 A 公司质量部工程师和技术工程师。2019 年 7 月至 2020 年 12 月期间，二人违反保密协议，合谋通过窃取等不正当手段，非法获取公司三类设备的技术图纸信息和运行专用控制程序，并隐名开设德某检测技术有限公司开展同类产品的制造、销售和检测业务。经鉴定，A 公司上述三类设备的技术图纸和运行专用控制程序，均属不为公众所知悉的技术信息，两名被告人设立公司所制造的设备中所含技术信息与之实质相同。经审计，德某公司使用侵权设备开展检测业务，违法所得合计人民币 210 万余元。

#### 判决结果

2022 年 6 月，上海市黄浦区人民检察院以涉嫌侵犯商业秘密罪对被告单位德某公司、被告人蔡某、陈某某提起公诉。2022 年 10 月，一审法院以侵犯商业秘密罪判处德某公司罚金人民币 180 万元；判处蔡某、陈某某各有期徒刑一年六个月，缓刑一年六个月，并各处罚金人民币 16 万元。一审宣判后，被告单位及被告人均未提出上诉，判决已生效。

#### 评析意见

技术信息等商业秘密作为企业在社会经济活动中创造的智力成果，凝聚着经营者的知识和智慧，关系企业的竞争和发展，应予严格保护。本案权利人系行业内具有相当知名度的医疗器械产品力学检测及检测设备研发生产企业，涉案技术信息对企业参与市场竞争具有重要作用。

本案办理中，检察机关依托专家辅助办案机制，审慎把握商业秘密与已有公开专利的边界，确定涉案技术信息具备非公知性。从客观评估侵权行为造成法益损失角度出发，确定以违法所得来认定指控犯罪数额，并采用毛利润计算损失数额，最大程度地维护权利人的合法利益，为同类案件的办理提供有益借鉴。



检察机关一体推进惩治犯罪和溯源治理工作。针对权利人公司在商业秘密保护中存在的薄弱环节和管理漏洞，及时提出社会综合治理检察建议，推动权利人公司健全机制、加强管理，有效开展溯源治理，案件办理取得了良好的社会效果。

### 案例三

#### 李某某等人侵犯著作权案

##### 案情简介

日本任天堂株式会社（以下简称任天堂）依法享有“SUPER MARIO BROS.”“CLU CLU LAND、BALLOON FIGHT”“ICE CLIMBER”等游戏的著作权。

2017 年起，被告人李某某招聘员工从他人处采购含有上述游戏的游戏机在网络平台加价销售。2019 年起，李某某购买游戏机生产线，从被告人马某某、朱某某处采购复制上述游戏的游戏机主板及其他组件进行加工组装后在网络平台对外销售。被告人刘某某等人协助李某某在网络平台共计销售游戏机 9 万余台，销售金额人民币 1200 余万元。经鉴定，被扣押的多种型号游戏机内均包含未经任天堂授权许可的游戏软件，侵犯了游戏软件著作权。

##### 判决结果

2022 年 2 月至 4 月，上海市松江区人民检察院以涉嫌侵犯著作权罪对李某某等 10 名被告人分案提起公诉。后法院分别判处李某某等人有期徒刑四年六个月至一年四个月不等，并处罚金人民币 70 万元至 10 万元不等。一审宣判后，被告人均未提出上诉，判决已生效。

##### 评析意见

该系列侵犯著作权案系六部委督办案件，涉案人数众多，内部分工明确，上下家沟通、产品销售等侵权行为均通过互联网实施，游戏烧录地、芯片销售地、组装生产地、网络销售地、仓储地等均不在一处，各环节深度分散隐匿，跨区域特性显著。

案件办理过程中，检察机关通过及时提前介入，引导侦查机关深挖线索，成功将侵权案件幕后组织者、实施复制行为的上游人员追捕到案，实现了对侵犯知



识产权犯罪行为立体打击。针对被告人处于销售端、不直接参与生产的行为特征，检察机关精准把握著作权相关罪名边界及行为定性，认为生产、销售环节的分工不同不影响数名被告人构成复制涉案游戏软件牟利的共同犯罪，依法认定构成侵犯著作权罪。针对本案中侵权软件作品与其载体游戏机一同流入市场，正版软件和侵权软件混同销售，导致无法区分涉案游戏机中侵权游戏和非侵权游戏比例及相应犯罪数额的情况下，检察机关以含有侵权游戏软件的游戏机件数为基础认定犯罪数额，依法准确对犯罪行为作出评价，充分体现了罪责刑相适应的原则。

## 案例四

### 郭某等人侵犯著作权案

#### 案情简介

2019 年 7 月起，被告人郭某、刘某某以营利为目的，雇佣被告人周某等人刻录盗版音乐光盘、U 盘和 SD 卡，并通过“零度音乐工作室”“洛克音乐工坊”“麦威车载音乐工作室”“BANZ 车载音乐工作室”等网络店铺对外销售。其中，刘某某负责公司整体运营、进货等工作；郭某负责公司日常管理、管理客服、发货等工作；周某负责光盘等刻录工作；被告人夏某某系网店客服，负责销售；被告人黄某某系美工，负责网店宣传图片、光盘封面图片制作。侦查机关在郭某租赁场所查扣光盘 14531 张，U 盘和 SD 卡共 2563 个。经鉴定，扣押物品均为非法出版物。经审计，截至 2021 年 6 月，5 名被告人涉案非法经营额共计人民币 129 万余元。

#### 判决结果

2021 年 12 月，上海市静安区人民检察院以涉嫌侵犯著作权罪对被告人郭某等 5 人提起公诉。2022 年 1 月，一审法院以侵犯著作权罪分别判处郭某等 5 人有期徒刑三年两个月至一年八个月不等，并处罚金人民币 25 万元至 5 万元不等。一审宣判后，部分被告人提出上诉，二审法院裁定维持原判。





### 评析意见

该本案系行政机关和公安机关在开展联合执法活动中破获。案发后，检察机关及时启动行政执法与刑事司法衔接工作机制，通过依法介入执法监督活动，提出法律适用意见，强化引导侦查取证，并积极开展追捕追诉工作，落实知识产权“严保护”要求，能动履行法律监督职责。

因涉案含有侵权盗版内容的光盘、U 盘和 SD 卡经鉴定系非法出版物，侦查机关以行为人涉嫌非法经营罪移送审查起诉，检察机关通过引导侦查补强证据，精准适用法律，依法认定构成侵犯著作权罪，并通过开展自行补充侦查工作，核实并扣除快递中“测试件”等隐蔽刷单情况，准确计算涉案非法经营数额。

本案成功办理凸显了检察机关健全完善知识产权案件“行刑衔接”工作机制实效，进一步推动知识产权侵权行为行政刑事融合惩治。

### 案例五

#### 郑某甲等人侵犯著作权、销售侵权复制品案

##### 案情简介

2020 年 12 月，被告人朱某某未经游戏著作权人上海玄某娱乐信息科技有限公司授权许可，以营利为目的，向被告人郑某甲出售《新斗罗大陆》游戏源代码，并收取钱款共计人民币 17.5 万元。2021 年 1 月起，郑某甲未经权利人授权许可，以营利为目的，利用从朱某某处购买的《新斗罗大陆》游戏源代码，租用服务器并聘请技术人员架设《新斗罗大陆》游戏私服，并通过网络推广，发展私服代理收取玩家充值款。2021 年 3 月起，被告人郑某乙成为郑某甲《新斗罗大陆》游戏私服代理。2021 年 4 月起，被告人吴某某负责涉案游戏私服的维护、更新等技术工作。2021 年 5 月起，被告人郑某乙与郑某甲共同经营《新斗罗大陆》私服游戏。至案发，共发展私服注册玩家 1.5 万余人。



## 判决结果

2021 年 11 月，上海市杨浦区人民检察院以涉嫌侵犯著作权、销售侵权复制品罪对被告人朱某某等人提起公诉。2022 年 2 月 9 日，一审法院以侵犯著作权罪分别判处被告人郑某甲、郑某乙有期徒刑三年，并各处罚金 10 万元，判处吴某某有期徒刑一年九个月，缓刑一年九个月，并处罚金人民币 3 万元；以销售侵权复制品罪判处朱某某有期徒刑八个月，并处罚金人民币 18 万元。一审宣判后，被告人郑某乙提出上诉，二审法院裁定维持原判。

## 评析意见

本案系一起因盗版网络游戏引发的侵犯著作权刑事案件，涉案人数众多、团伙式分工作案特点明显、作案手段隐蔽、空间分布范围广，被列为最高检等六部委联合督办案件。

本案办理过程中，检察机关主动履职，依法提前介入，引导公安机关全面侦查取证，对各涉案人员在共同犯罪中的作用、地位等进行综合评估，实现了从游戏源代码销售到“私服”运营代理的全链条式打击。针对案件办理存在的作品同一性、犯罪情节等认定问题，检察机关与鉴定机构积极沟通，明确源代码同一性鉴定方向，并确定以注册会员人数作为本案定罪处罚标准。同时，对各被告人的实行行为、参与程度等进行综合研判，对明知是盗版游戏源代码仍向他人出售获利的被告人则以涉嫌销售侵权复制品罪提起公诉，依法审慎提出精准量刑建议，保证了案件办理的质量。

游戏软件融合了代码、美术、视听等多类型作品创作，与游戏开发商、运营商、游戏玩家等诸多群体的合法权益密切相关。检察机关通过本案的办理，严厉惩治游戏行业著作权侵权行为，传递司法机关从严打击侵犯知识产权犯罪的强烈信号。同时，从企业著作权保护及企业合规经营等角度全方位开展法治宣传，引导企业强化权利意识和法治意识，推动企业建立知识产权保护内控机制，助力企业健康发展。



## 案例六

### 吴某某等人假冒注册商标、非法制造注册商标标识系列案

#### 案情简介

2018 年 1 月起，被告人吴某某、杨某某成立维某某公司，并伙同被告人蒋某等多人，在未经授权情况下，接受他人订单，并组织生产假冒“itel”“TECNO”手机。其中被告人、主板生产商王某等人在无授权情况下，由代工生产假冒该品牌手机主板板材后，为主板灌注隐含“itel”“TECNO”商标标识的操作软件，销售给维某某公司用于生产冒牌手机。截止案发，共计制售假冒“itel”“TECNO”手机 450 余万部，非法经营额达 1.1 亿余元。公安机关当场查获假冒“itel”“TECNO”注册商标的手机 6 万余台、标签 4.7 万余个、手机配件若干。

#### 判决结果

2022 年 6 月起，上海市宝山区人民检察院就相关案件先后提起公诉。后吴某某等人分别被以假冒注册商标罪、非法制造注册商标标识罪判处有期徒刑五年三个月至一年八个月不等，并处罚金。一审判决后，被告人均未提出上诉，判决已生效。

#### 评析意见

本案系一起新类型假冒注册商标侵权案件，侵犯了在海外知名的国内品牌传音智能手机的注册商标合法权益。不同于在商品上直接附着假冒注册商标标识的传统假冒行为，本案犯罪行为系通过将商标标识灌注于手机主板，并在后续通过软件运行展示涉案注册商标，以达到指示、识别商品来源的目的。检察机关综合全案事实、证据，认定通过软件运行在商品屏幕电子展示商标与物理贴附商标本质均是指示、识别商品来源，属于“商标性使用”，构成刑法意义上的“假冒注册商标”。

本案包含一条庞大的制假产业链，涉案人员众多，组织结构复杂。依侦查机关商请，检察机关提前介入引导侦查，针对案件管辖、侦查方向、讯问重点、证据固定等方面提出建议，及时引导侦查机关全面调取涉案证据，充分履行法律监督职责，对知识产权上下游关联犯罪行为进行全链条打击。检察机关充分考量假冒行为危害性，在认定本案非法经营数额时，将订单涉及的主板金额替换为对应手机金额，并通过电子数据提取的方式，形成完整资金链图表，全面合理认定涉



案非法经营数额，准确评价知识产权犯罪行为，为国内企业“走出去”提供知识产权保护支持。

## 案例七

### 江某某等人假冒注册商标案

#### 案情简介

2019 年下半年至 2021 年 10 月期间，某电子科技有限公司在未取得某健康管理有限公司授权的情况下，通过自行生产和外包加工等形式生产、销售假冒“Thermage”品牌的仪器及配件。被告人江某某、梁某某等 7 人分别担任公司研发部主管、生产部主管等职务。经审计，被告人江某某、梁某某等 7 人非法经营数额分别为人民币 170 万余元至 500 余万元不等。

#### 判决结果

2022 年 5 月，上海市金山区人民检察院以涉嫌假冒注册商标罪对被告人江某某等 7 人提起公诉。2022 年 11 月，一审法院以假冒注册商标罪分别判处被告人江某某等 7 人有期徒刑二年七个月至一年二个月不等，并处罚金人民币 20 万元至 3 万元不等。一审判决后，被告人均未提出上诉，判决已生效。

#### 评析意见

涉案注册商标“Thermage”中文音译名为热玛吉，被市场普遍接受为相应医疗美容项目名称，是当前医美行业的明星项目，市场潜力大，消费需求旺盛。

本案中检察机关从维护医美市场秩序和保护消费者合法权益的大局出发，加大对涉新业态新领域知识产权犯罪的打击力度，对涉知名医美品牌的假冒侵权犯罪活动进行精准打击。通过分析资金流、运输流、信息流，重点围堵上游制假犯罪团伙，循线打击下游销假犯罪团伙，积极开展全链条打击，切实整肃医美市场乱象，助力行业健康发展，有效维护权利人和消费者权益。

案件办理过程中，对于部分未附着假冒注册商标标识配件的价值能否计入犯罪数额的问题，检察机关结合案件事实和客观证据进行综合分析，确认相应配件不可独立使用，属于侵犯知识产权产品的一部分，应当计入犯罪数额。同时，对



犯罪链条上的各被告人，综合考虑犯罪地位、涉案金额、认罪态度等予以分层处理。

检察机关在精准惩治犯罪的基础上，积极开展延伸治理工作，及时向市场监督管理部门通报案件进展，协同查处违法机构，净化医疗美容市场。同时，结合案件办理加强普法宣传，提示医疗美容商家严把进货关、做好品牌授权审查以及可能承担的法律风险，提醒消费者提高安全和维权意识，助力整治医疗美容乱象。

## 案例八

### 夏某销售假冒注册商标的商品案

#### 案情简介

阿鲁克幕墙门窗系统（上海）有限公司（以下简称阿鲁克公司，系卢森堡大公国阿鲁克集团独资子公司）是一家研发、生产、设计各类幕墙、门、窗及其相关机械设备、配件的企业。阿鲁克公司通过《商标国际注册马德里协定》将“ALU-K”商标申请国际注册并向我国申请领土延伸保护，在其生产、销售的“ALU-K”品牌系列铝合金门窗上使用了“ALU-K”商标。

2009 年，被告人夏某进入阿鲁克公司担任技术员，后于 2011 年离职。2013 年至 2014 年间，夏某未经阿鲁克公司授权许可，向他人销售标注有“ALU-K”及自有注册商标标识的门窗配件，价值人民币 100 余万元。经鉴定，上述门窗配件产品均系假冒注册商标的产品。

#### 判决结果

2022 年 7 月，上海市徐汇区人民检察院以涉嫌销售假冒注册商标的商品罪对被告人夏某提起公诉。后一审法院以销售假冒注册商标的商品罪判处夏某有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币 15 万元。一审判决后，被告人夏某未提出上诉，判决已生效。

#### 评析意见

本案系假冒获得我国领土延伸保护的注册商标案件。权利人母公司系注册于卢森堡大公国的门窗领域全球知名企业。作为《马德里协定》的缔约方，我



国对于经核准领土延伸申请的马德里国际注册商标，视为与国内注册商标权利一致，受我国《商标法》同等保护。

该案办理中，检察机关注重发挥数字赋能行政执法与刑事司法衔接机制优势，依托与公安、法院、市场监管局共同搭建的“四方协作”信息化平台，主动挖掘、研判、处理重大涉知识产权侵权案件线索，凝聚工作合力，织密知识产权保护法网；通过走访行业协会、咨询专家意见等方式确认涉案商标与权利人商标构成“相同商标”，排除涉案产品平行进口情形，查明涉案非法经营数额，对犯罪行为予以准确性。

检察机关在办理涉外知识产权刑事案件时，坚持知识产权“同保护”司法理念，充分落实认罪认罚从宽制度，促使被告人认罪悔罪并主动退赔，使商标权利人的合法权益得到有效保障，实现打击犯罪与服务企业发展的双赢共赢，有效维护我国尊重和保护知识产权的国际形象。

## 案例九

### F 葡萄酒有限公司、王某某假冒注册商标案

#### 案情简介

2019 年 3 月起，被告人王某某在负责经营 F 葡萄酒有限公司（以下简称 F 公司）期间，为谋取非法利益，在未取得授权的情况下，生产制造假冒法国波尔多地理标志集体商标“BORDEAUX”的葡萄酒。经审计，2019 年 3 月至 2021 年 4 月，F 公司接受他人订购生产假冒葡萄酒 6 万余瓶，价值人民币 88 万余元。另查明，王某某在经营 F 公司期间，组织生产、销售标有“BORDEAUX”注册商标的玛莎内系列葡萄酒合计 25 万余元。案发后，侦查机关扣押假冒“BORDEAUX”注册商标的葡萄酒 1.6 万余瓶，货值金额 26 万余元。2021 年 9 月，F 公司向权利人进行赔偿，并取得权利人谅解。

#### 判决结果

2022 年 6 月，上海市嘉定区人民检察院以涉嫌假冒注册商标罪对被告单位 F 公司和被告人王某某提起公诉。2022 年 8 月，一审法院以假冒注册商标罪判处



F 公司罚金人民币 45 万元，王某某有期徒刑三年，罚金人民币 10 万元。一审判决后，被告人提起上诉，二审法院裁定维持原判。

### 评析意见

本案系一起对涉外地理标志集体商标平等保护案件。地理标志集体商标产品特性源于其所在的地理范围，且产品的生产、加工等环节均在特定地理范围内完成。地理标志集体商标承载了商品特定质量、信誉等价值，对地方特色经济特别是农业等产业发展具有积极作用。

“BORDEAUX” 商标系在我国注册的地理标志集体商标，其权利人为法国波尔多葡萄酒行业联合委员会。在 2020 年中欧正式签署《中欧地理标志协定》的背景下，“BORDEAUX” 作为在我国注册的集体商标，依法受到我国法律保护。检察机关在办理涉外地理标志商标侵权案件时，贯彻平等保护的理念，准确把握地理标志集体商标特点，区分商标侵权与正当使用，精准打击侵犯地理标志商标行为。同时，充分考虑权利人诉求，深化权利人实质性参与诉讼，促成被告单位与权利人之间达成赔偿谅解，在弥补权利人经济损失的同时遏制潜在侵权发生，并督促涉案侵权企业全面规范经营，维护良好的市场经济秩序。

## 案例十

### “南汇 8424 西瓜” 地理标志被侵权民事支持起诉案

#### 案情简介

“南汇 8424 西瓜” 是经原国家工商行政管理总局商标局核准注册的地理标志集体商标，权利人为上海市浦东新区农协会（以下简称浦东农协会）。“南汇 8424 西瓜” 地理标志集体商标仅授权浦东农协会会员对在特定区域内，按照“南汇 8424 西瓜” 生产技术规范生产且具有特定品质的西瓜，使用该地理标志集体商标。

2021 年 7 月，上海 G 公司以明显不合理的低价采购并非浦东南汇、品种不详的西瓜后，未经权利人许可，在上述西瓜上贴附“南汇 8424 西瓜” 商标标识予以销售。该标识与权利人浦东农协会所注册的“南汇 8424 西瓜” 图片地理标



志集体商标图文近似，引发消费者关于该西瓜真假不明的投诉。2021 年 9 月，市场监管部门对该公司作出行政处罚决定，要求其停止侵权行为并罚款人民币 40 余万元。浦东农协会拟采取民事诉讼等救济手段来弥补损失。由于该协会是一家注册资金仅 3 万元的非营利、服务型社会组织，没有法务人员，也未聘请法律顾问，诉讼能力较弱。

### 判决结果

上海市浦东新区人民检察院在筛查行政机关知识产权行政处罚案件线索过程中，发现该案涉案行为不仅侵害地理标志知识产权权利人合法权益，可能涉嫌侵犯社会公共利益。

经浦东农协会申请，浦东新区检察院于 2022 年 7 月受理此案。案件受理后，检察机关围绕权利人拟提出的诉讼请求，对所涉及的法律知识和诉讼内容有针对性地进行分析研判，引导权利人收集和梳理证据。

2022 年 7 月，浦东农协会依法向法院提起民事诉讼，诉请上海 G 公司承担赔偿责任、消除影响等民事责任。浦东新区检察院认为，地理标志具有公益属性，其蕴含的公共利益受法律保护。经审慎研究，根据《民事诉讼法》第十五条之规定，检察机关决定对浦东农协会予以支持起诉，并向法院发出《支持起诉书》。

诉讼过程中，检察机关主动协调，与法院合力促成权利人与侵权人达成和解协议，当事双方同意建立长期战略合作关系。浦东新区检察院针对案件中反映出的侵权人合规经营存在的疏漏，提出合规检察建议并获得回函采纳。在前期双方达成和解、受损权益得到修复的基础上，2022 年 8 月权利人向法院提出撤诉申请，法院经审查后予以准许。

### 评析意见

本案系全市首例地理标志集体商标公益保护案。检察机关通过民事支持起诉的方式对地理标志及其背后所蕴含的公共利益进行保护，开拓了在知识产权领域通过民事支持起诉方式保护公共利益的新路径。

地理标志本身蕴含着区域特有的自然生态环境和历史人文因素，属于特定区域的公共资源，具有公益属性。检察机关作为公共利益代表，立足刑事、民事、行政、公益诉讼“四大检察”职能融合发展要求，综合选择最优司法保护路径维护公益。该案办理中，检察机关准确把握知识产权领域民事支持起诉的对象和条





件，通过提供法律咨询、协助收集证据、提出支持起诉意见等，提升支持起诉申请人诉讼能力，兼顾社会公共利益保护。

此外，秉承依法能动履职理念，检察机关主动开展地理标志保护延伸治理工作。联合公安机关和网络技术运营商，通过大数据定向识别和筛选，对涉案地理标志商标标识、溯源码及外包装等经营商铺开展知识产权风险提示和预警工作，借助数字技术实现类案预防，筑牢地理标志保护屏障，实现“办理一案、影响一片”的社会治理效果。同时，针对案件中反映的侵权人在企业采购供应、内部管理、风险管控等工作方面存在的疏漏，及时提出检察建议，有效促进企业依法合规经营发展。

来源：上海检察微信公众号

链接：[https://mp.weixin.qq.com/s/T1P\\_uA6cIXFCRsPe1sk1JA](https://mp.weixin.qq.com/s/T1P_uA6cIXFCRsPe1sk1JA)



## 职务发明与离职员工原单位本职工作相关性的认定

### 职务发明与离职员工原单位本职工作相关性的认定

——原告 S 公司与被告 V 公司、张某、党某、朱某专利申请权权属纠纷案

#### 基本案情

张某、朱某、党某、郭某在 S 公司任职期间，所在部门工作内容涉及单克隆抗体新分子的发现与鉴定。郭某向张某发送的邮件“hIL-4R 人源化单克隆抗体的开发方案”、郭某的实验记录本、党某向郭某发送的邮件“IL-4R 抗体功能筛选”等均涉及 IL-4R 抗体的研发。四人分别于 2016 年 6 月至 12 月间离职。



△图片来源：上海知产法院微信公众号

名称为“抗人白细胞介素-4 受体  $\alpha$  单克隆抗体、其制备方法和应用”的发明专利申请，申请日为 2017 年 2 月 10 日，申请人为 V 公司，发明人为张某、党某、朱某。该专利权利要求包括以特定氨基酸序列限定的一种抗人 hIL-4R  $\alpha$  单克隆抗体及抗体应用。专利实施例 1-10 系该抗体的制备过程。郭某入职 S 公司前所从事的项目涉及克隆肿瘤靶抗原 EGFR 的胞外域基因，其与案外人的邮件涉及 EGFR 抗体序列测序。



2016 年 10 月郭某与 V 公司签订技术成果转让协议，向 V 公司转让其合法持有的测序报告、抗体序列等相关技术成果的所有权，所附技术成果资料清单中的序列同前述 EGFR 抗体部分序列。

### 裁判结果

上海知识产权法院经审理认为，涉案专利申请涉及抗人白细胞介素-4 受体  $\alpha$  单克隆抗体、其制备方法和应用，旨在解决的问题是研制高效特异的 IL-4 受体阻断抗体阻断 IL-4 信号通路为哮喘等过敏性病症的治疗带来新的选择，涉及具体的制备方法。专利实施例涉及制备方法的具体实施，专利权利要求涉及的具体序列即系在实施例 7、8 中测定所得。

**涉案专利申请技术与 S 公司的 IL-4R 项目均属抗体领域，旨在解决的技术问题相同，所涉及的制备方法类似，甚至部分实验数据也基本相同，应认定涉案专利技术与张某、党某、朱某、郭某在 S 公司的本职工作具有较强的相关性。结合 V 公司提供的受让自郭某的序列针对 EGFR 抗体的序列，并无证据显示该抗体与涉案 IL-4R 单克隆抗体具有关联，V 公司也未提供涉案专利申请技术研发的任何实验数据。**

**因此，判决确认涉案发明专利申请权归 S 公司所有。**各方当事人均未上诉。拼优公司不服，认为一审法院认定其知晓涉案商品系侵权产品，具有主观恶意，系认定事实不清，向上海知产法院提起上诉，请求撤销一审判决或改判驳回欧时表廊公司的全部诉讼请求。

### 典型意义

在生物医药抗体研究领域，特定抗体序列系与特定蛋白相匹配，来源于**具体制备方法**，脱离制备方法与特定蛋白的单纯抗体序列并不具有实际意义。认定案涉专利申请技术与离职员工在原单位承担的本职工作是否具有相关性，应结合两者是否属于相同技术领域，**旨在解决的技术问题是否相同，所涉及的制备方法是否类似，实验数据的相似比例等因素进行综合判断**，同时还应考虑非员工发明人





对于发明创造研发的贡献可能。本案判决对于离职员工可以在多大程度上从事相同技术领域的技术研发具有一定的指引意义。

来源：上海知产法院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/w8AjvtmMcHEQESTtPL3IzQ>



地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 主要利用单位的物质技术条件完成的发明创造为职务发明创造

### 主要利用单位的物质技术条件完成的发明创造为职务发明创造

——原告 A 公司与被告 R 公司专利权权属纠纷案

#### 基本案情

A 公司成立于 2006 年 1 月 4 日。汪某于 2008 年起就职于 A 公司，职务为总经理，2013 年 12 月离职。张某于 2008 年起就职于 A 公司，职务为技术员，2013 年 8 月离职。赵某于 2011 年起就职于 A 公司，职务为技术员，2014 年 3 月离职。2011 年 7 月，A 公司向国家知识产权局申请了名称为“折弯机推拉式防护门”的实用新型专利，发明人之一为汪某。

R 公司成立于 2014 年 1 月 17 日，法定代表人为汪某。2014 年 7 月，R 公司向国家知识产权局申请了名称为“折弯机后防护门”的实用新型专利（以下简称涉案专利），发明人为汪某、张某、赵某。A 公司主张涉案专利利用了其从案外人 E 公司处获得的图纸，并且是汪某等人从 A 公司离职后一年内作出的与其在 A 公司的本职工作或者分配的工作任务有关的发明创造，专利权应归属于 A 公司。R 公司则认为 A 公司并未取得其所述技术资料的所有权，涉案专利并未利用 A 公司的物质技术条件。

#### 裁判结果

上海知识产权法院经审理认为，汪某系 A 公司为权利人的在先专利“折弯机推拉式防护门”的发明人之一，张某、赵某在 A 公司工作时职务为技术员，故上述三人的本职工作均可能涉及相关技术的研发。根据 A 公司与案外人 E 公司签订的《框架协议》约定，A 公司依照 E 公司提供的图纸等文档以及技术支持制造机械，并对 E 公司提供的信息保密。A 公司在本案中提交的图纸作为上述协议所涉的资料之一，应属于其不对外公开的技术资料。





△图片来源：上海知产法院微信公众号

将涉案专利技术方案与上述图纸记载的技术方案进行比对，双方当事人均一致确认二者的主要差别在于涉案专利采用的是金属框架内嵌有机玻璃的设计而上述图纸显示的是金属防护门，由于门体上大面积采用有机玻璃以达到清楚观察内部机械情况这一目的的技术特征在 A 公司在先申请的名称为“折弯机推拉式防护门”的专利中就已进行了披露，故可以认定涉案专利所体现的技术成果的实质性内容是在 A 公司持有的上述图纸记载的技术方案以及其所有的“折弯机推拉式防护门”专利的基础上完成，**即涉案专利主要利用了 A 公司的物质技术条件而完成，其专利权应归属于 A 公司。**该案判决后，双方当事人均未上诉。

### 典型意义

本案从涉案专利发明人的原任职情况、原告负有保密义务的图纸系其享有的不对外公开的技术资料、涉案专利技术与原告主张的技术资料记载的技术方案的主要区别技术特征已被涉案专利发明人之一在原告处任职期间同样作为发明人申请的专利披露等因素综合考察，厘清了认定专利法关于“**主要利用本单位的物质技术条件**”的基本要素和路径，为同类案件的审理提供了有益的参考。

来源：上海知产法院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/s5HNITBJATYmpR6tIszRNq>



## 实务研究

# 第 100 期 | 公司法规范类型的选择与识别——以公司法二审稿为讨论对象

### 引言

法律规范源于社会生活的抽象是本文论述的出发点。一方面公司内部参与者间不同的交易模式，各自追求利益最大化，需经“公司利益”校准，方可获得参与方“应为”之行为规范。另一方面，公司外部呈现的“公共性”强弱差异，造成了有限与股份公司中契约与组织属性的此消彼长。组织与契约属性分别匹配的强制性与任意性规范表达，再辅之以公司利益导向之“强约束”，构成了公司法规范类型的基本分布样态。再叠加公司法组织法性质上权力架构、公共秩序、组织行为外部性等诸要素考量，可再精细化区分出与公司组织属性相联的，程序型、权力分配型、经济结构变更型、诚信义务型四类强制性规范；从事前激励，还是事后救济的侧重，区分出与公司契约属性对应的，选入型（事前备选）、选外型（事后调整）两类任意规范。同时本文还以任意性规范为讨论模型，通过实然论证得出，不利于管理层的规制内容，立法应采用选外型任意规范，而非选入型任意性规范，才是有效率之结论。

### 一、公司规范的概述

公司法对于不同调整对象配置了差异化的法律规范类型，背后的规制范式又是什么，公司制度的任何理论都必须予以回应。而要准确回应此问题，又必须了解公司规范的内容是如何确定的。无论本节概述还是全文阐述，都从规范内容与规范类型的确定两个方向展开，前者为辅，后者为主。

现阶段占主流地位的公司契约论认为，公司制度不过公司与股东、债权人、员工等参与者达成了一系列明示或默示的一系列合同，制订公司法无非是准备合同范本，供参与者从中选择进而实现更好的自治，而非限制私人秩序。顺此逻辑产生公司法的步骤是：首先确定各参与者之间的基础关系，划定公司的基本制度框架。其次设定公司与参与者之间的典型交易模型，并考察参与者的策略抉择后，再叠加公司利益要素，形成制度菜单，供参与者取舍或增减。以作为社会产品供



给，避免自治中重复谈判，减少交易成本。最后，界定参与者在公司制度中的行为边界，为参与者提供行为规范，反向的，也方便裁判者就争议据此进行一致性的裁量。

申言之，公司契约论的潜台词是，每个人都是自己利益的最好衡量者，市场机制下让参与者与公司通过各类合同实现各自利益最大化的同时，也就实现了公司利益最大化，所以必然是以任意性规范为主。然而若一概将公司视为合同联合，就忽视到了公司的内外界分，这与公司风险隔离功能相悖，再推演下去就可能是“公司无需存在”。对此就必须以公司作为组织的“实在存在”来回应，由此配置强制性规范，划定公司的制度框架与参与方的行为界限。如此一来，立法者制订公司法时，需要以法律条文是促进还是限制公司参与者间的私人秩序为基础，进行了公司法规范的类型区分。目的在于若是限制和管理公司参与者自治安排的，不允许以章程决议等来变更的公司法规范，是强制性规范。目的在于根据参与者自由选择采纳或放弃的公司法规范，实现公司制度的高效率是任意性规范。

任意性规范又区分为三种类型：该规范是推定适用的，除非参与者选择排除适用的，是选出型任意规范（又称推定适用的任意性规范、缺省型任意规范）；相反，有些规范只有在参与者选择适用时，才发生调整作用的，是选入型任意规范（又称许可适用的任意性规范）。还有一种任意规范类型，目的在于鼓励或迫使公司参与方披露单方信息，否则予以惩罚，以改变信息不对称造成的公司制度的无效效率，称之为惩罚型任意性条款。该类规范本质还是提供给参与方选择项，只是事先明确了不选择的否定性后果。

另外，关于强制性规范，该“强制”是针对能不能排除适用的特定公司法规范，目的不是禁止法律行为的内容，进而否定当事人的法效意思，故公司法上的强制性规范中不宜区分管理型与效力型强制性规范。同时，还有一些规范目的在于限制参与者某个方向上的自治安排目的，但允许另一方向上的自治安排，介于强制性与任意性规范之间，是半强制性规范。比如公司法修订草案第二次审议稿（以下简称二审稿）第 226 条规定，2/3 以上表决权股东通过的决议，可以修改导致公司解散的章程和决议实现公司存续。规范目的在于之前的公司解散事由可经新安排而否定，毕竟是公司意志的否定，为保障新安排有股东基础，要求绝对多数决是妥当的，当然为体现股东意志的广泛性，章程可安排 4/5 决，体现公司意志更大的代表性，反之，安排 2/3 以下则与该条规范目的不符。





立法者通过上述公司规范类型，指导公司参与者何种程度上可以自由决定采纳还是不采纳公司法规范。立法者立场的背后是市场机制，某项制度是允许以及多大程度上允许参与者的选择，才是有效率的安排，需经过实证或预判。如果立法者不是遵循市场规律而是强加自己意志，就会引发无效率的立法安排。

按此效率逻辑，可得出公司类型区分的组织与契约两个方向大致路径。为公司制度提供基础性框架，实现公司参与各方利益平衡的事项，应采取强制性规范；其中为实现公司参与某一方利益的偏颇性保护之法政策的，应采取半强制性规范。而无论提供基础性框架，还是实现某项法政策，是有利于公司利益的最大化，适用于公司参与各方。反过来，某参与者不愿承受该规范结果必须花费其不愿承受的成本。就某个事项注重与特定公司的适配性，立法者不清楚何种安排能够实现公司利益的最大化，就应该设定任意性规范供参与者选择。当了解大多数公司参与偏好时，应设置该偏好为推定适用型任意型规范，直接适用使得该大多数参与者支出较低的交易成本。如果对该事项的调整策略，是否能实现公司利益最大化，以及公司参与者选择偏好，立法者都有疑问时，只能有赖于参与者明确选择何种模式的，应采用许可适用任意性规范。

本文仅关注公司法上强制性与任意性规范的配置，不涉及倡导性、技术性等其他规范。本文提及的不完全合同是指长期性交易中，经济主体不能够事先进行全部的谈判，也不可能完全忠实的兑现承诺，此情况下该类合同要具备漏洞填补、争端解决、适时应变的治理结构。所谓股东为公司所有权人，采经济学上表述，因对公司剩余价值请求权产生对公司重大事项的部分决定权与最后监督权，视为衡平法意义上公司所有人。

## 二、公司规范内容与交易模式及参与者

应该指出，公司法不能准确而是大致地表达参与者之间的真实关系，而就特定关系，公司实际参与者能够更为适宜地解决方案。但公司法作为次优的定制化解决方案，为整个公司运行的常规模式提供支撑，并在运行失效时发挥调整规范的作用，无疑是有效率的。正因为公司法对公司制度支撑性，公司法制定要做两件事。前一件事，要确定公司参与方在某项公司事务中会采取何种策略；后一件



事，要将该行为策略转换成可用地法律规范。前面是行为模式地选择确定，后面是行为模式地法律转换。向讨论前一件事。

### （一）参与人于交易模式中的策略选择

现实交易中，参与者会尽力了解各方之间关系，并作出利益最大化的选择。审判实践中，裁判者会通过描述各方关系，以及当事人于该关系中应履行义务，向当事人给出裁判理由。比如董事高管处理公司事务时，要为公司利益尽到管理者的合理注意义务；若进入案件审理，裁判者就会评估董事高管是否发挥了一个具有管理者知识和专长的人，所被合理期待的水平技能。无论现实交易，还是司法案件分析，都会回到参与者的交易行为模式，以此为出发点进行广泛的讨论。那么就有了以下分析步骤：

首先，公司制度中的多组重要关系，公司契约论认为本质上是合同关系，都以公司为纽带，更确切地说，公司系多组关系的合同当事方。同时公司内部各类交易不同于市场交易，关系持续性，以及参与方信息不对称和投机行为，产生两种可能。第一种可能，不可能通过事先协议防止所有风险，只能形成开放式的合同。第二种可能，各方通常只是分享关键的想法并以可分辨的方式行事，而不以协议章程等形式来正式化权利义务。

可把以上两类显现与隐形约束范式理解为不完全合同。所谓不完全合同不同于完全理性和考虑到合同履行方方面面的强式契约，而是把有限理性与有远见相结合的半强制契约，所谓的“半强制”“是指公司利益这个公共维度，纯粹的私人秩序中“组织因素”已破土而出。对后续冲突要安排治理结构，包括产生新信息后各方如何协商解决，达不成合意后，哪一方有最后的决定权，各参与方有哪些基本权利是不能触碰的，作为公司基本结构是不能改变的等等。这些组织属性从由此公司制度中就把权力和分配之治理结构，作为“意思填补机制”嵌入不完全合同中，形成了立法对公司各参与方的均衡保护。

其次，确定涉及的交易类型参与者类别及关联度。公司中交易类型的假设是粗略的，并与参与者匹配。比如，股东治理协议章程等约束股东与公司间关系；再比如资本制度约束的股东与债权人间的关系；还比如，作为经营者的董事会，或作为监督者的董事会，分别与公司建立委托管理关系，与高管之间的委托管理



和监督关系。复杂性在于：首先，关系类型复杂性导致策略的多元性。有些关系可通过谈判协商形成契约，如公司与员工、商品和服务的提供者。有些交易是一个长期关系而不是单独的一次性交易，不是所有争议都要有非黑即白结论，既有信息缺陷的原因，长期性关系带来的不确定性。在股东与公司关系中，公司权力由管理层行使，带来另一个情况是，如果公司违反章程协议，股东不能无条件的起诉，让管理层有一定自由裁量权，股东作为剩余价值索取权人，只能通过股东会罢免董事，不能否定董事会决策。以此种权力分配，使得公司与股东都在长期关系中的收益。其次，关系的联动带来策略的复杂性。公司各类关系彼此交叉，甚至有些参与方参与不同的交易关系。一些关系变动，更会影响到其他关系的参与方。比如财务资助会带来公司责任财产减少的可能性，债权人会关心此种交易，对特定股东的资助，又会产生股东间不平等对待，甚至有与董事高管的利益输送相关。

其次，梳理出可能影响参与者选择的因素。某交易类型中不同类别的参与者风险偏好不同，同类别参与者也会因不同行为导向，选择不同的行为决策。比如因为有限责任的加持，股东相较于债权人管理层有更强的风险偏好，因为业绩声誉需求，管理层又比债权人有更强的风险偏好，不同风险偏好就是考虑因素，公司法上安排保护债权人的注册资本安全垫，就是适宜的。另外上市公司中股东都通过基金等中介机构投资，非上市公司特别封闭公司的股东，一般只有一家或两家股份，投资结构差异带来股东对公司经营关心程度不同。不同投资结构作为考虑因素，决定了立法者要根据不同类型的公司，安排强弱不同的股东参与管理机制。

最后，认可公司参与者在某类型交易模型下“符合公司利益”的策略选择。了解交易模式下公司参与者的类别，与重点考量因素，还需推导出下一步它会采取何种决策，并以“公司利益”进行校准，形成公司法上理想化的策略选择。嵌入“公司利益”是因为长期关系合同的不完全性，参与方的自利行为不会给合同带来有效率的结果，磋商谈判要让位于治理机制，该组织属性要通过组织结构（包括权力配置、下级单位任务界定、融资与治理结构、公司边界）等完成协同与激励，保障公司与参与方的利益趋同—公司整体利益，提高参与方行为的高效率。

以股权可否自由转让问题为例，股东作为公司参与者，认为公司运行不能落实其投资，用脚投票一般为允许之行为模式。这里有该股东“股权自由流转”之



权利，新股东与其他股东间不协调增加的交易成本，两者之间的协调。考量重点不是哪一方的权利更需要保护，而是如何协调各方利益，实现“加总”之公司利益。那么，优先考虑不同公司类型中“公共性”，以此确定“资合还是人合要素”占优先序位，配置其他股东优先购买权是多数还是少数股东的选择，就此确定选出还是选入规范的安排，就是水到渠成的。二审稿 84 条 157 条的不同规定即是适例。

董监高利用近亲属控制的企业，或关联人进行自我交易，控股股东实控人指示董监高损害公司利益，系违反忠实义务的常见模式，考量因素在于自我交易等行为是否实质损害了公司利益，而不是特定主体才能损害公司利益，是行为规制而不是主体规制才是重点，那二审稿 183 条第二款、191 条规定就是顺理成章的。

可以小结的是，公司所涉合同的不完全性有一般或严重完整不完全，面对后续风险，前者还是能够事先安排配置风险，事后再磋商达成如果再磋商达成新安排。后者达成新安排不可能，或成本过高，提供的组织法安排，赋予公司更多结构化属性。其中最重要的，由享有控制权的管理层等参与方行使裁量权，而由股东为代表其他参与方行使监督权。

## （二）从交易模型与决策安排到法律规范

了解了参与者在公司某类交易模型中会如何处理，再通过“公司利益“校准后，就完成了参与者符合公司利益的策略选择分析。而将结论转换成可运用的法律规范，是另一项复杂的工作。简单来说，内容直接明确、详细精准、抽象开放是三种可选择的规范形式。

### 1. 界限明确的规范

第一种，划定明确的界线。比如二审稿第 3 条对公司独立人格的确定，强调“组织隔离“与反向的”参与者隔离“，将公司资产隔离于公司参与者的债权人，特殊情况才有第 23 条人格否认之适用。又鉴于交易模式复杂性，为获得界限清晰的选择，还要有进一步的类型化工作。董监高勤勉义务要区分公司的不同阶段来确定内容。公司正常经营阶段，公司利益更侧重股东利益，控制权交易中，董事不能为了保障自己职位，一味拒绝收购，多采取股东和管理层共决机制。对董事会采取防御措施予以必要控制，避免董事高管为自身利益牺牲



股东利益。公司非正常经营阶段，接近资不抵债，公司利益侧重债权人利益，228/1 规定董事为公司清算义务人，及时组成清算组进行清算，否则因怠于清算承担赔偿责任。都采取命令或禁止参与方为一定作为或不作为，采用”应“、“不得“、“违反……无效（不发生效力）“等措辞，通常为强制性规范。

## 2. 详细具体的规范

第二种，如果简单类型化规范不能解决问题，鉴于待规制对象的复杂性，后续的选择是需采取详细和复杂规范，提供具体、专门的策略选择。公司参与方多元，利益博弈复杂，公司法如果能预见到各种可能性，并配置对应的处理规范。详细规范的优点在于，法律提供如何运用的准确指令，一方面让裁判者面对争议时，进行精确的处理纠纷；更重要的方面，让公司参与者面对同类问题是了解法律判断是确定的，有利于事先计划并增加纠纷发生时和解的可能。

比如 180 条第一款忠实义务，190 条把忠实义务的责任对象从公司扩展到第三人，并按规制强度区分为绝对与相对禁止两种类型。前一种涉及 182 条侵占公司财产、挪用公司资金，收受佣金贿赂等获取非法收入的情形，应予以价值否定评价。后一种还区分了自我交易、商业机会、竞业禁止等价值中性的三类情形，183 条至 185 条采取“事先信息披露+董事会或者股东同意“程序规制，有序疏导合理追求。同时，忠实义务违反的责任后果也进行了多元细分。186 条与 187 条正对前面两种情形分别规定了非法收入的归入责任，与造成公司损害的赔偿责任，两者应为聚合关系。前者作为归入权，将积极获益推定为公司损失，后者为公司损害后果的赔偿责任，不是对获益归入的否定，两者并列，公司可合并适用，但以损失填平为上限。

再比如 75 条、83 条提出小型有限公司可根据具体情况，只设一名董事和监事，不设董事会监事会，甚至经全体股东同意，也可不设监事，提供了简化公司治理架构的选择项。还有有限与股份公司分别提供了，84 条以股权限制转让的一般规则，与自由转让的一般规则；以及 157 条股权自由转让的一般规则，与限制转让的特殊规则。通过公司提供给参与者契约性的自治选择菜单，形成更适合该公司的制度安排，实现各方利益均衡及公司整体利益的最大化。



可见，复杂规范有供给具体细化的争议解决方案，与落实公司自治的制度菜单两个功能。前者是立法者从公司实践抽取出最优化行为规则，避免强势参与方选择偏离公司整体利益，多为强制性规范。后者是参与方能通过充分磋商的背景下，通过各方参与择定能创造联合价值及公司价值的专门制度菜单，多为任意性规范。

### 3. 开放性规范（一般性规范）

第三种，即便找到了交易模式中参与者的策略选择，但立法者的有限理性，也不能准确预见哪些策略是符合公司利益的，为避免明确规范或详细规范导致的不理想实施结果，采取方向性的开放规范是适宜的。开放性规范虽然使得一大组事实构成无漏洞地和有适应能力地承受一个法律后果。该种普适性带来的弊端在于，纠纷处理时缺乏可预见性，不过这可以依靠先例和学习，来发展出“准则框架“提高可预见性。至少摸索中试错成本，低于错误规范增加的交易成本，且自由裁量到稳定抉择是可期的。

无视公司形式规范，将对公司责任追究到以公司为“他我“的股东身上，为人格否认制度。公司法自 2005 年正式确立人格否认制度，而其识别诚如卡多佐法官所言，仍然包围在修辞学的迷雾中。所幸随著裁判者的不断探索，逐渐区分出不同类型的人格否认，并在九民会纪要中确定为人格混同、过度支配与控制、资本显著不足三类，可以说此为开放性条款发展出“准则框架“的一个实践。同样的，现公司法第 35 条”公司成立后，股东不得抽逃出资“，实质是对公司而不是股东划定了不得返还出资的界限，但内涵与外延还是不清晰的，最高院将多年的司法实践，归结为公司法解释三 12 条第四项”未经法定程序将出资抽回“，以此作为 35 条的适用框架，并提炼出虚增利润分配、虚构债权债务将出资转出、利用关联关系将出资转出三种常见情况。

该类规范是厘定公司与各参与方的基本行为框架，只是因为信息和不确定性因素，不能提供细化解决方案或制度菜单，但框架本身是限制性，超越界限的法律后果，如人格否认情况下股东对公司债权的连带清偿责任，抽逃出资的股东返还出资，有责任董监高的赔偿责任，后果否定凸显了规范的强制性。



### 三、公司规范类型的考量因素

明确了公司规范内容的产生方式之后，就进入了公司规范类型确定的范畴。公司存续的长期性，以及参与者的有限理性，所有的后续事项不可能都订入合同，而且参与者自身的投机性，更加重了合同履行的不确定性。同时，即便能考虑到前述全部情况，都安排相应条款处理，带来高额成本是不可承受之重。这些参与者通过契约不能解决的问题，势必要利用强制性规范解决。那么到底哪些因素影响公司法规范的类型区分，是需要进行阐述的问题。

#### （一）公司法的补充性与强制性

主流理论认为，公司是以合同形式存在的企业，那公司法不过是提供一套现成的法律条款，节省公司参与者签订合同时需要支出的成本。比如 65 条 66 条投票规则以及 42 条有限公司的法定认识规定，是参与方愿意采取的方案，看似公司法应以任意性规范为主，它补充但从未取代真实他怕，只是出现外部性或后续磋商是才发挥作用。但是既然公司法只是合同法的特别法，律师事务所、公司服务部门等为什么不制定一系列条例来建立公司呢，它们也可以出售前述条款获得收益。

可是公司作为与政府、公民并列的现代社会的第三极，其作为高度普遍性的经济组织方式有其公共维度，公司法自然也不应被看作仅包含一套私法规制，而应当与劳动法环境法等一样受到分析。它是建立在再社会集体政治决定基础上的，是社会更大政治图景的一个要素，公司法从基于私人权利领域，转移到了社会效用最大化的监管领域，不是参与方地效用最大化而是修复市场缺陷才是公司法目标，其带有部分的强制性也是自然而然地。

退一步来说，若承认公司公共维度是部分的，同样公司因独立实体的样态存在，参与方的多元导致不可能是实现各方利益加总的帕略特最优，而是均衡各方利益的总收益大于总成本的卡尔多-希克斯效率，即公司利益最大化。而实现该类型的最大化也不可是各方磋商所能获得的，也必然赋予公司法部分的强制性。



## （二）契约还是组织属性

即使认可公司由显形与隐形合同构成，但作为合同多有相对性。封闭公司的结构相对简单，各参与方与公司的合意较易形成，可以把公司制度视为契约网络，公司与股东该主要参与方没有绝对分离，公司意思也是股东意思的加总，也因此公司并没有绝对的独立性。封闭公司的各参与方可以真实地表达各自的意愿，通知章程或决议，乃至股东间协议形成选择的任意性规范合意，调和各方利益，故任意性规范占主导地位更加符合封闭公司的特点与需求，也能创造更多的自治空间与灵活度。

随着公司规模扩大，一方面参与方的范围扩大，另一方面参与方利益诉求的距离也拉开了，再一方面同一参与方像股东也随人数增多异质性也增强，可以说公司成员与财产组成更多元性，公司公共性越强，参与者与公司之间的独立性也越强，组织因素主导了此类公司。伴随着公共性，公司不能单纯考虑某参与方特别是股东的利益，保障组织利益的最大化成为第一要务。法律也相应的对此种公司结构作出回应，把实现公司利益最大的化组织架构嵌入到公司法内，强加给各参与方，发挥此作用强制性规范在公开公司中自然应当占据主导地位。

## （三）内部还是外部关系

若将公司视为合同联合，就不存在公司的内外界分，这与公司风险隔离功能相悖，公司作为经济实体存在法律边界，该边界一定程度上遵循“合同-组织（实体）”划分。公司作为合同和组织混合体，任意性与强制性规范展现的公司法的不同面向。反过了说，内部还是外部关系就成为公司类型区分的一个考虑因素。特别在大型公开公司中，关系多维性导致参与方都被裹挟到其他参与方的合同中，各方的诉求需要围绕公司整合起来，受到有效治理架构的规制，遂形成了公司的组织属性。参与方与公司联系越紧密，对其他参与方的影响越大，即形成与公司联系紧密的内部人与联系松散且已受公司内部决策影响的外部人，带来因与公司关系差异所导致负外部性的强弱差异。这里的外部性指一群人或一个人的行为和决策使得未参与决策的其他人受损或收益的情况。负外部性情况下，可通过强制性律规范将外部性内化为行为和决策人的成本。



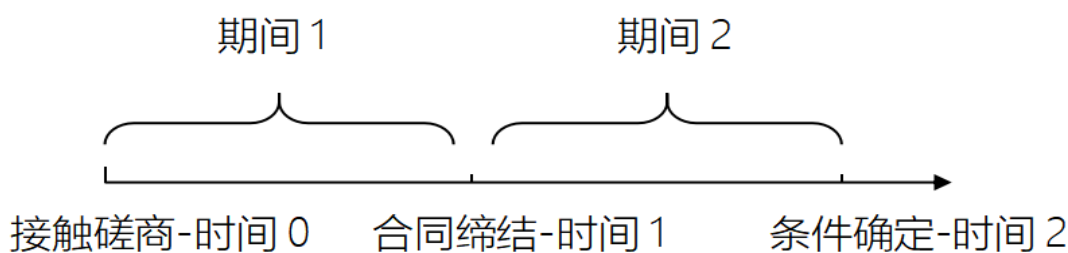


公司制度中负外部性较弱的一些问题，主要通过契约调整，比如员工、供应商等与公司关系。相反，外部性较强的一些问题通过组织因素调整，比如中长期债权融资中债权人与公司关系，依托于资本制度；股东与公司的大部分关系、管理层与公司关涉公司利益关系的部分，依托于公司治理机制。

前面一些问题通过任意性规范调整，公司法提供菜单的多种方案供参与者选择，减少自行磋商条款的成本。后面一些问题宜通过强制性规范调整，一旦组织因素出现后，市场交易中的两个人就拓展到组织交易中多个人，可能产生的外部性，需要相应的权力配置和决策机制。前者针对权力分配，解决在这群人中谁说了算？后者针对经营过程，解决信息收集并作出最优决策，及后续监管。

#### （四）时间因素

各参与者围绕公司建立的长期合作关系，时间 0，磋商是否进入（设立）公司，参与者处在完全竞争市场，可选择进或不进。正式参与公司是时间 1，伴随投资完成，因各方参与者对公司都是专用性投资，除非放弃沉没成本，就不能全身而退，呈现多边垄断状态，但公司经营顺利对发生对参与者的单边垄断。时间 2，相关不确定性消除，若条件发生变化，各方可通过再磋商实现各方利益再平衡。我们可以描述出交易的时间线，参与各方在时期 0，存在诸多选择，时间 1，各方关系锁定，时间 2 条件确定背景下，参与各方响应信息，再磋商进行关系调整，实现绩效最大化。若达不成协议，应通过强制性安排进行协调激励，避免关系解除造成的沉没成本损失，并实现效率次优。



图示

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号



鉴于后续发展的不确定性，时间 1 各参与方之间的关系具有开放性的，可能导致不止一个结果。时间 2 信息确定出现，有参与方认为继续履行对其不利，采取投机行为会导致绩效折减。随之带来各方信赖的消失，无法通过再协议防止无效率之折减。可能解决方案，立法者向社会提供公司法该公共产品，期间 1 的各方充分协议，通过章程或协议确定公司法提供的选择方案，并对各参与方发生拘束力，形成“可确定的协议”，明确各方之状态依存。故规制该阶段的公司法规范应以任意性规范为主。期间 2 除向各参与方提出“供选择为再协商的框架”外，需要建立解决各方争议保障公司稳定的组织治理架构（包括权力配置与程序安排），也需要惩罚投机行为，还要明确适应情势变化的结构变更机制等，因前述安排皆有公司利益为基准，可能损害某参与方利益，应采取强制性规范。

由此，鉴于公司制度在各参与者间关系的持续性，信息的不确定性，投机行为的可能性，要求各方预先规范所有事项是不可能的，即便从公司契约论出发，因参与方对公司发生状态描述的不够详细，裁判者事后也不能据此裁判，所以期间 1 交易安排是不完全的，宜通过公司法提供的选择方案，促进最优化安排。为避免参与者对公司的专有资本投入的消解，在信息逐步完善后，通过选出型任意性规范引入交易条款调整机制，以及强制性规范引入治理机制，一定程度上弥补之前安排的不完全性。

#### 四、规范类型与公司组织或契约属性

本节将在“3.2 契约还是组织属性”的基础上扩展论述。股东、债权人、管理层、普通员工等各参与方对公司经营各有其专用性投入，共同形成了纵向一体化的组织结构，是对合同不完全性的一种有效率的反应。不同与普通合同当事人间利益博弈的基础结构，公司制度把同向利益聚合起来实现共同利益的最大化，采取有利于协同激励各方利益的科层组织结构是最有效率的。不过各参与方对公司投入资产的专用性程度及深度广度上差异，决定了其与公司间关系中合意与组织因素孰轻孰重的差别。相较于约定了违约与风险负担的债权人与公司关系，股东只是概括获得公司标准化的可分割及可转让的“所有权单元”股权，省却了股东与公司的关系形成中询价缔约等交易成本。管理层与公司关系多基于表决选举或委任形成，前提是对其才干与人品的信任，虽辅之以股权激励与忠实勤勉标准



安排，更多还是对声誉和能力认可，督促管理层其为公司利益行事。前一种关系的组织因素弱于后两种关系，契约因素则相反。又毕竟管理层与公司关系中有或多或少的事先承诺或安排，股东则完全依靠制度保障，前者的组织因素弱于后者，契约因素则相反。再按照各类关系中组织因素强弱，安排不同的规范类型配置，就是顺理成章的。

组织虽可勉强解读为契约之联合，两者毕竟不同。公司经由组织化将各参与方的资源纳入整合，市场上的契约交易在公司内部不复存在，也不受市场价格机制影响，取而代之的是统一发布命令的管理层。科层制中上下级服从关系成为公司关系的重点，组织内的治理机制取代市场价格竞争机制功能，减少了交易成本。

同时，公司作为组织体要获得各参与方  $1+1>2$  的功效，公司需要更紧密的各参与方的团队合作，界定各方的付出，并据以确定回馈与报酬，那科层结构中还要嵌入管理要素了，将此工作委于专业的管理层，通过“大棒+胡萝卜”降低交易成本。既要妥善配置公司资源，减少各参与方懈怠，还要评价各参与者的工作成效，给予适当的奖惩。所余的谁来监督管理者的问题，一方面由剩余索取权的股东实施最后的决定权监督权，包括对管理层任免；另一方面透过市场潜在的替换权，以“被替代之可能”，对现有管理层施加压力；再一方面是经由公司安排将部分的收益激励管理层，采取的也是“大棒+胡萝卜”。此时，公司简单由上而下的科层结构，演变成了协同激励取向的科层结构。

需要明确，公司最后决定权由股东行使，因公司经营成功决定了股价高低，是着眼于股东位置更会作出对公司利益之最佳选择，不是让其谋取自己利益。相对于债权人、员工等其他参与方与公司较明确契约关系，股东大都直接接受公司股份单元，杂乱无章的权利被集合打包在内，成为社团成员后，还成为公司风险的终端承受者。至于管理层，其中级管理层可能与公司之间存在显性合同，而高级管理层如董事监事由股东会选举产生，经理由董事会聘任纳入，源自“声誉担保”等自执行机制约束，反向作用更大。由此，股东、管理层与公司磋商并不充分，但关系更为紧密；债权人、员工等或其他参与方，与公司之间有磋商及讨价还价，外部市场因素更多。两者相较，股东与管理层投入资产的专用性更强，增加的沉没成本减少了流动性，实践中将两者作为公司内部人，其他参与方为公司外部人，原因也在于此。故毋庸置疑，前者组织因素较强，后者契约因素较强，



因组织要素相较于契约因素需更多强制性规范配置，不同关系中的规范配置也有差别。

### （一）组织因素与规范类型

公司组织属性表现为内部协同激励取向的科层结构。说的再简单一点，即便一开始参与方与公司磋商是否进行专用资产投资是合同，投资进入公司之后也变成了治理。此时公司作为治理机制而出现，有效配置各方资源需要，一方面公司自治更能实现效率的，宜通过任意条款实现弹性处理。另一方面为避免不确定与各参与方的投机行为，公司制度的基础架构要为实现公司利益最大化安排采取强制性规范，也避免应为公司利益发声的控制方却进行自利性选择。

那对于基础性的制度架构，立法者从公司利益最大化视角选择了最优模式，并配置强制性规范，排除私法自治形成的某参与方自利条款。比如涉及参与方基本利益保护，像知情权等股东利益保护的重大事项，不能交由章程或股东协议修改变动。另一方面，公司制度也可理解为节省交易成本之契约替代方案，以强制性规范界定制度框架。

再追索本源的话，强制性规范主要配置方向有两个：一是公共利益，二是风险内部化。首先，立法者采用强制性规范，很多着眼于公共利益的增进。公司作为近现代最重要商业法制设计，有限责任又是其最突出的特征，降低公司融资成本，促进股份自由流转，帮助社会大众实现最优投资决策，减少监督必要等等，因此公司向社会筹建资金建立大型公司，再推进经济发展成为可能。由强制性规范确立股东有限责任，有利于公共利益。相反，滥用有限责任损害债权人利益，系对实现公共利益制度的滥用，本身就是反公共利益的，再用强制性规范予以否定，也出于公共利益保障。不过二审稿 88 条用强制性规范确定某股权关涉的所有出让人，都对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任，突破有限责任是否具有妥当性，对债权人保护“强度”是否突破公司有限责任，可能还要回到有限责任增进公共利益的成本角度来考虑。

其次，风险内部化。经济学上主流观点认为，某参与方影响平均结果的意愿越大，赔偿该交易者的剩余索取权也越大，对公司的影响意愿强弱与剩余索取权大小，互为因果。公司制度中股东以及管理层作为公司内部人，无疑对公司经营



结果影响重大,赋予它们公司剩余价值请求权与控制权,同时也要承担公司风险,这也是解决决策负外部性的风险内部化方案。180 条董监高处理公司事务违反忠实勤勉义务的赔偿责任,190 条故意重大过失损害第三人利益的赔偿责任,以及 191 条控股股东实际控制人损害公司利益或股东利益的赔偿责任等。前述主体应为公司利益执行公司事务,自己有有限责任或高额年金保护情况下,还将公司经营风险转嫁给债权人、员工等外部人,应由行为最密切联系方之董监高控股人实际控制人等承担赔偿责任等。前述产权理论下防范行为负外部性之风险内部化安排,相应配置强制性规范就有了正当的。

## (二) 契约因素与规范类型

不能否认公司作为组织体,剥除以权力配置为主线的自我执行机制之制度外,基本上还是由公司为中心关联契约。两者区分在于该项制度能否的通过合同安排直接实现。比如有投票权的股权不行,优先股与普通股之利益重合之外的“特殊权利”就行,为此董事会不对优先股股东负有超过普通股股东的强制性勤勉义务就是自然的。

契约因素中绝大多数是无期限契约与中长期契约,前者多见于股东管理层与公司之间的永久关系,后者常见于债权人、员工与公司之间的中长期性关系。前一种关系中后续事项应对与救济方面合同约定的不完全性,因内部人与公司依存程度更高,可依托的普适性抽象制度,变身为公司制度中强制性规范。后一种关系中各方之间的中长期关系的确立,缔约之初要作出可靠性的承诺,保障相关义务得到确实履行,甚至定出惩罚措施防止投机性的违约行为,有时还就后续可能发生的误解和分歧提供解决方案。前述保障除因其多发性成为公司制度组织部分,或者产生负外部性影响公司整体利益,对应强制性规范调整之外,更多的是由公司法提供备选方案,对应任意性规范,由各方磋商选择适合该公司的方案,实现效率最优。

针对债权人、员工与公司中长期关系中的后一种情况,且涉及公司法部分内容,与调整契约的民法典合同编没有本质差异。公司法此时意在提供一套标准化的菜单式方案,让参与方选用来降低交易成本,以任意性规范为主也是必然的,当然该任意性条款是对公司各参与方行为假设的精炼和放松。



促成某种更有效率的中长期安排，是安排选出型任意性规范的理由。第一个例子系关于促进信息流通。虽然保有方隐匿信息对其更为有利，但从公司整体利益衡量反而有害，应避免此种策略行为造成损失，立法引导信息公开提升公司整体利益，并配置相应惩罚性后果，有观点把此类规范从强制性规范中抽取出来，归入“惩罚性任意性规范”。该类规范可简单理解为，你有选择权，但不选某特定选项，比如二审稿 34 条，公司登记事项发生变更的，你不选择去办理变更登记，就不得对抗善意相对人。公司法意图引导相关参与方将有关信息向利害关系人披露，并赋予相应的反制措施。但这实际是即授予缔约关系之外特定第三人针对该关系享有特定权利规范，理由在于未参与关系缔结的第三人利益受到了影响。

第二个例子系关于股权流通。股权自由流动应为公司制度基本属性，考虑到不同类型公司中股权转让限制必要性，立法者进行了差异处理。84 条先规定了有限责任公司股东向股东以外的人转让股权中股东优先购买权，后规定了章程另有规定的除外。157 条先规定股份有限公司股东可以自由向股东以外的人转让股份，后规定章程可规定股份转让受限的股份。虽然对股权向外转让都采取任意性条款的弹性规定，不过有限与股份公司预设的人合与资合的差异，两公司分别定下股权转让限制与股权转让自由的一般规则，再通过章程设定相反的特殊规则。

前述两个例子都表明了，在公司契约属性较强情况下，立法者乐于向公司参与者提供自由规划空间，但也不放松“实现公司利益”价值考量，并通过可供选择方案，选择成本予以呈现，手段还是为目的服务。与合同制度强调的当事人自治有程度上区别，不同于合同编多见的填补当事人合意之补充性任意性规范，公司法在意过度意思自治会带来外部性，降低公司整体效率，故需一定价值指引，采用选出性的规范较多，应予注意。

## 五、形成强制性规范的考虑因素

基于公司制度是源自交易成本对市场的替代方式，张五常更进一步说，与其说公司代替市场，还不如说一种合约代替了另一种合约，公司参与者放弃一组明确界定的使用投入的权利以换取收入，此时公司受到看得见的手指引，而不是市场看不见的手的指引。但不能否认那只看得见的手是组织之手，让威权替代市场。



### （一）权力要素与强制性规范

即便采公司契约论，亦不能否认的对应公司制度的是“组织合同”而非“传统合同”，而组织合同中“权力要素”，解决不完全合同世界中，偶然状态出现后的事后决策问题，是传统完全合同所不具备的。

此处的“权力”宜理解为“控制权”，基于代理理论笼统的理解，某一方公司参与人就特定事项“雇佣”另一方参与人，其中包括将决策权授权给对方，对方由此获得了权力。具体的说，既可能所有权与控制权分离带来的，也可能是控股与非控股股东异质化带来的，还可能是股权融资与债权融资差异引发的。随着享有控制权参与方主导公司，实施自利行为，就其造成外部性，立法者需要考虑引入强制性的治理机制，兼顾公司各参与方的福利实现公司利益最大化。此意思上强制性规范配置是防止投机性行为的保护安排，更是对公司制度基础规则的框定。

另一个方向上，公司设立与经营阶段，也可理解为 IPO 与上市之后公司契约也要分别对待。前阶段时参与方与公司可磋商确定治理条款，后阶段控制公司的参与方可通过变更章程或主导决议，单方对之前治理条款进行调整。即便有市场力量会向控制方施压，无论是调整后不良治理结构推高成本，导致公司缺乏竞争力，最终引发破产或并购，还是因回应式调整有时间差，不利于公司利益强势保护。那么，通过强制性规范的安排，利用程序性安排与行为约束机制，限制控制方实施的自利行为，更有效率。比如要求修改章程或公司结构变更必须经股东会绝对多数决通过。在比如通过忠实勤勉履职标准，并施以股东代表诉讼的救济路径安排，约束董监高利用控制权损害公司与股东利益。此与 21 世纪以来发生的，以萨班斯-奥克斯利法案以及多德-弗兰克法案为代表强化股东权力公司的制度变革，也是契合的。这个方向上，强制性规范主要调整方向是针对享有控制权参与方的行为规制以及公司结构重大变化。

要强调的是无论是哪个方向上，强制性规范必要性证成标准在于，它机械性缺陷导致的效率损失，小于解决公司制度问题产生的收益。



## （二）私人秩序、公共秩序与强制性规范

合同附带自我执行条款来保障承诺可信，包括实施条款的安排、解决争端的安排、惩罚违约方的安排，前述安排在交易条件相对稳定情况下才可能完备，并可执行性。公司制度中交易长期性导致信息不对称与不可观察，需要密集的自我执行规则使得交易得以持续。自我执行安排会受到不可预测的事后变化的挑战，安排的不完备需要法律提供辅助性机制。通过解释性或加入被认为公平的规则使得合同完备，该次优的解决方案是通过法律提供选出型任意条款来实现的，因为缔约是不排除就适用。但交易的不确定性，又叠加了各方投入资产“高”专用性，不能确定后续偶然状态中各方利益的安排，哪怕任意性规范也不能完善，就会被纵向一体化中的组织机构替代了。随之形成的科层化组织内化秩序，以权力代替了协议，需要将更为正式的规则施加到各参与者头上。虽然任务还是发起和终止交易、决定和分配任务，此时私人秩序被公共秩序的形式支持和限制，应由强制性规范设定了公司基础性规则，最终填充组织内部的规则空隙。

## （三）强制性规范的发力点

有观点认为，强制性规范会阻止各参与方的自治安排，哪怕是有效率安排。但各参与方的力量不均衡，或缺乏商业经验，抑无法了解什么安排有利，就不可能作出有效率的安排，解决该矛盾的方法是制定不可改变的强制性规范，哪怕是次优方案。另一种情况，公司法规范调整的是外部性问题。当各方以一种对没有参加交易的其他人造成不利影响的方式处理他们事务时，为纠正此倾向，应采取强制性规范。还有一种情况，立法者关注的是公司效率之外的体现社会价值的目标，若采取可排除适用的任意性规范的话，该立法目的就不能实现了。

第一种情况关涉公司法的组织法属性，表现在建构公司基本制度。首先是落实公司基本特征，确立有限责任、资产隔离、股份自由流转等基础原则；其次是突出权力主导下的公司科层结构，公司的组织属性与市场的交易属性有本质的不同，核心是以公司决策程序为中心的团队协作、信息处理等机制，构成公司纵向一体化结构中的治理架构，通过上对下的即时决策，减少事前计划事后决策的成本。最后是应对公司结构性变化，公司经营过程中出现与设立预期不符的市场状





况，需改变公司架构予以适应，明确可操作的推进程序，避免各参与方再协商要耗费时间及资源，以及协商不成还会造成僵局，抑或偏颇性调整。

第二种情况主要关涉公司放中的代理构造，着眼于强制性规范对代理成本调整。代理成本指制订、监督和执行代理关系的现金支出和剩余损失，包括监督与约束成本。重点是所有权与控制权分离后，产生的剩余索取权人与控制者之间代理成本。它与组织法不同之处在于，代理问题大多可以预见的，通过事先约定或法律来降低代理成本，组织法强调事后问题不可预见性，要建立权力主导的治理架构来解决各方争议。只能粗略的说公司运行过程中，有的问题可以预见有的不能预见，分别适用代理与组织理论。运用代理理论的，“多”任意性规范“少”强制性规范，强制性规范仅出现在符合合同控股却代理成本过高，与代理关系产生负外部性场合。

第一种情况所有权与控制权分离是公司制度一般样态，需要强制规范进行结构优化。比如事前安排的成本很高，才需要事后治理，此情况下存在必须再事后作出的实际决策，该最后决策权应配置给与决策后果最密切联系者，对公司才有效率，作为剩余价值请求权人的股东，无疑是最合适的，这也是一二审稿都明确股东会为公司权力机构的理由，更要注意到股东的投票权是独占的，一般情况不能剥夺，且能无理由地解任董事。甚至股东异议回购请求权，也应理解为公司法从全体一致决转化为绝对多数决的对价。第二种情况，无论对公司有或无控制权的参与者，在进行决策时，都有为自己利益最大化的冲动，却将协议风险外化至其他参与方。其到底如何实施投机行为，事先无法预计，需要强制性规范进行针对性“强约束”。比如对公司有控制权的参与方，又不需要承担决策全部风险，像控股股东进行公司决策时，承担风险以其持股比例为限，董监高决策也可能不从公司利益出发，造成其他参与方的风险，由公司股东债权人等承担等，就需通过忠实勤勉标准予以调整。再比如未经股东会决议的公司担保，可能将控股股东控制人的债务风险，以公司为载体转嫁给其他股东和债权人，就通过限制担保效力来调整。前述情况多配置强制性规范。

第三种情况，立法者执意体现的社会价值导向，不可能是追求利益最大化有话语权的公司参与方选择，甚至也不是其他主要参与方的利益所在，立法必须通过强制性规范予以明确。比如 20 条确定的公司社会责任引发的，对社会公共利益与弱势参与方的保护。68 条明确职工人数三百人以上的有限责任公司，除依



法设监事会并有公司职工代表的外，强制要求董事会成员中应当有公司职工代表等，就是对 20 条强调的弱势参与方保护的具体化。

#### （四）强制性规范类型明确

本文接受戈登教授关于强制性规范的程序型、权力分配型、经济结构变更型、诚信义务型等类型区分方式。前两类偏重于事前配置，可理解为公司实践所积累形成的，针对发生不确定后续事项发生与参与方投机行为带来公司运行失调之“控制需求”，所提供的治理范式。作为均衡各方利益的效率次优之公共产品。其中程序型强制性规范，是纵向一体化中决策机制固化，通过信息披露及充分协商等环节安排，进行决策流程控制，限制享有控制权的参与方的专断，使得公司决策在有限理性基础上实现效率，并免受机会主义之害。该类强制性规范虽有偏向机械主义设计之嫌，关键还是固化程序带来的决策灵活性损耗，是否小于流程控制被避免的投机行为损耗。权力分配型强制性规范，是因专有性投资契约安排转向组织架构后，公司要获得相对于契约的优势，需要制度适应更进。公司经营过程中权力主导下的分析决断，代替了契约中的协商。在控制权与所有权分离背景下，为防止各参与方的事前投资扭曲，需战略性的建构相应公司“决策-执行-监督”制度架构，解决为公司利益最大化决策的各参与方之协同激励。

经济结构变更型与诚信义务型两类强制性规范，偏重事后安排与救济，明确时期 2 条件确定后参与方响应行为的约束标准，但两者采取约束范式不同。第一种情况是针对公司出现新情况，与设立之初预设状况不一致。比如公司并购、重大资产出售、资产缩水，甚至公司解散等，超越股东合理预期，意味着公司需要改变原有计划。面临的问题是：一方面，公司要与各参与方达成新交易安排，而信息不对称，以及各自投机性，新安排难以达成。另一方面，因参与方投资具有专用性，无论是管理层的人力专用资本，还是股东的财产专用资本，不能轻易从公司出来，否则将损失沉没成本，被“套牢”。那么，本应为公司利益行使权力的管理层或控股股东实际控制人，可能纯粹为自己利益行事，理性冷漠及搭便车又导致股东共决机制丧失防范功能，公司与各参与方无法有效协同运作。该公司自治失灵局面，必须依靠公司法制订强制性规范实现利益协调，锁定解决方案及



救济路径。前者像 220 条公司减资制度的明确安排，后者，特别情况下，公司的股份回赎与异议股东回购机制的安排。

第二种情况是针对管理层的投机行为，因不可预见，各方无法进行事先安排，需要由公司法提供一套忠实勤勉的约束标准，作为强制性规范制约董监高实施公司事务时的专断，避免自利与懈怠。

前者是治理策略，通过安排非预测事件发生后的规定动作，减少交易成本；后者是监管策略，确定参与方的行为规范，威慑董监高规范行权。

## 六、任意性规范形成及类型分析

公共性是促使公司契约属性向组织属性移动的原因之一，契约与组织是光谱两端，之间还有许多中间状态，但诚如 3.2 节所述，任意性规范与公司契约属性联系更为紧密，同时不完全合同中股东作为“剩余财产索取权人-经济学上所有权人与监督者”，已具备部分组织因素的有限公司背景下，讨论该类规范是比较合适的。

有限公司中不完全合同特征较为明显，该类合同的主要功能在于，为进入关系专用性投资的公司各参与方提供便利。缔约阶段的双边规制，一旦投资固定，无论是股东抑或债权人，或是管理层，因特质交易导致的资产专用化，形成公司主导下的单方垄断，股东、债权人、管理层三方主体被深浅不一的套牢。公司法不提供治理机制，各参与方缺乏协同激励，生产经营要素不能有效联合起来，高度分工的公司只能是低效的。

设立之初，要求公司与各参与方能够预测和恰当处理合作关系中后续的或然事件有困难，那么就要依靠公司法提供治理机制。一种是强制性的治理架构，另一种是选择性的治理架构。后一种对应的是任意性规范，立法者对公司该长期经济关系有更深层次的理解，可对各交易模式提供多套备选的合理之行为假设。同时各参与方更了解自己公司具体情况，可从中选择适合自己公司的方案，实现效率最优。既节省缔约和履约之合作成本，又考虑了各公司的特别需求，这是任意性条款优势所在。



而根据调整阶段属于期间 1 还是期间 2，可区分为两类任意性条款：防范可能风险和投机行为，实现各参与方共赢的事前激励，与对已发生风险和投机行为及时止损的事后救济。贯穿两类任意性条款的关键词还是交易成本。

### （一）事前备选型任意性规范

公司制度中纵向一体化下资产专用性带来的沉没成本，将参与方锁定于公司，各方之间存在着强于普通合同关系的依存性。这也决定公司及参与方之间不完全是市场竞争型的“高强度激励”，只能是威权主导下的“低强度激励”。

那么，设立完成后公司中主要行为模式，从交易到了治理，以威权替代自治，以低制度成本替代高交易成本，从而产生收益。为校准公司参与者的有限理性与机会主义，在支持可适应性连续性决策的模式安排，以及长期关系持续推进的即时具体保证两个方面，由公司法应提供备选式的事前激励型任意规范，供参与方根据公司特性的选择适用。

前一个方面，像二审稿 62 条，并列安排了定期与临时两类股东会，供公司日常事项或少数股东就紧急事项需形成股东决议时选择；又像 65 条关于股东表决权行使，提供了按出资比例或者章程另行规定其他比例两个选项。后一方面，像 84 条提供了安排或不安排有限公司股权转让限制的选择，由公司根据自身情况安排偏向公司股东构成的稳定性或灵活性两种方案。而股份公司通过 152 条允许章程或股东会安排董事会增发资本，给予公司融资中法定还是授权资本制的选择余地。还有 69 条 121 条提出了董事会下设审计委员会行使监督职能，或董事会外另设监事会，一元或二元公司治理模式。无论是提供解决方案，避免陷入治理僵局；还是提供功能不同菜单选项，提高公司制度与公司实际情况的适配度，目的都在于降低公司交易成本。

需补充的是，公司制度中的事前备选型规范，拥有超越市场的潜在协调能力，它向参与方提倡面对面的协商，而不是激励竞争，使得参与各方在理性预期的情形下择定备选解决方案，从狭隘的机会主义与信息不确定性中摆脱出来，让公司制度更具吸引力。该类规范调整内容上，更集中于专用性的物质资产与人力资产适应性调整，公司内部特殊意思形成机制等专门事项的非结构性调整。



## （二）事后救济型任意规范

公司各参与方为实现最优投资，选择公司制度建构长期关系，预见到公司长期关系各阶段所有的意外事件与对策，并不现实；而且参与方投资被锁定在公司，各方利益分歧会导致投机行为和共同损失。为解决长期关系的不完全性采取纵向一体化结构安排，组织的出现是水到渠成的。到了期间 2，后续呈现的信息可能与期间 1 预期不一致，各参与方响应行为之间可能有矛盾。纵向一体化公司结构下组织体上的威权，一方面利用内部化结构，以低成本获取正确信息后，减少对不确定因素进行机会主义利用的激烈性；另一方面，采取策略安排，形成控制机制来有效解决冲突，避免再协商过程无休无止讨价还价或诉讼产生的高额交易成本。

因为事先安排的不可能或高成本，后续发生事项与之前预见不同就会引发的争议，强制性规范对应威权下的“强控制”，虽具有处置的划一性，也有灵活性不足的弊端，带来效率耗减。公司制度可通过任意性规范在以下两个方面“追加控制手段”，增加针对性。

第一类追加的控制手段，是依托事后救济型任意型规范，提供二次选择机会来应对变化，无疑是有效率的。之前方案的失灵，需被摘出由新方案替代，多采用选出型任意性规范。比如针对营业期限届满等章程规定公司解散事由出现后，公司状况与当初预想有差异，126/1 款公司通过修改章程或 2/3 多数决股东会决议“存续”可能，把选择权给予股东，便于形成公司意志作出有效率的决定。同样的，通常股东会会议由股东按出资比例行使表决权，但公司设立完成后，已完成实缴与未完成实缴出资的股东，权利义务上的阶段性不对等，股东之间可能对按认缴出资行使表决权会有争议，65 条就安排了可经由章程来解决争议，此处的章程包括设立时原始章程或设立后的调整章程，在九民会纪要 7 条第二句表述可以很明确的看到此层意思。鉴于是期间 2 才出现与期间 1 预见所不同的情况，公司法为此提供该情况下各参与方再行选择的可能性，以新选择来替代原预案，通过配置选出型任意性规范来，由公司及参与者根据具体情况嵌入“有效率”解决方案。

第二类控制手段，通过事后任意性规范，落实股东对公司事务最后决定权的广泛性与强力性，并相应配置“选入型任意性规范”。理由在于，股东的剩余索



取权人地位，确立了其作为公司“经济上所有权人与监督者”的地位，其与公司利益有最密切联系，按照产权理论由股东享有最后决策权是最有效率的。可能是行使方式安排，由股东按投资获得同比例的决策权，是公司法安排控制手段之基本方式，其他方式应为选入性任意性规范。同样，还要权力范围上的安排，公司章程依据 59/1/9 可为股东会配置法定职权之外更增加其他职权，也是适例。

我们可以看到，经济学上剩余索取权是效率利用组织资源的最好保证，那么剩余索取权的持有者拥有最后决策权，就成了组织安排的不变因素，那么对公司影响力应依赖于股东的资本参与规模以及由此承担风险的高低就是必然的。若是现有大股东通过多份表决权的类别股，在资本数量上丧失多数，仍保留多数表决权以及由此对公司的控制，此类别股就成为利用少数资本控制多数资本的手段，带来股东权利被广泛剥夺的结果。因此该类别股安排，依据 144 条 145 条需要特别正当理由及章程规定且对外公示才能成就，作为 143 条同股同权一般原则之例外，配之以“选入性任意性规范”就是必然的。

### （三）一个补充：选出与选入型任意性规范的立法选择

通过公司组织架构，确定了股东于集权性治理的中心地位。但同时带来了公司信息向管理中心集中，需要经专业知识处理，并协调公司各种要素，才能实现公司整体效能提升。具备该类知识的参与方把人力资本出租给公司后，成为公司管理层掌握最多信息且作出经营决策。控制权在公司内部从股东转移到管理层，监督与约束该管理层任务，由享有剩余价值索取权且同时为风险负担者的股东担当。该过程中监督支出、约束支出和由此失去的剩余价值的总和，是控制权与所有权分离后，掌握控制权的管理层与公司经济上所有权人股东之间的代理成本。而减少代理成本，恰恰就是公司法的功能之一，选出与选入型两类任意性条款是实现该功能的重要工具，安排上需精细化处理。

如果立法者就特定事项的调整规范，采取了选出型任意性规范。无论通过章程抑或股东会决议改变该任意性条款，管理层需要说服股东，为增加说服力可能还要附加保护性条款。那么股东与管理层冲突关系中，把倾向于保护股东的规范设定为选出型任意性规范，就是合适的。理由在于具有控制权的管理层，相较于股东其各项资源都居强势地位，通过选出型任意规范预先加强股东谈判地位，必



须经股东同意才能改变既有条款的安排。带来磋商的充分性有利于协同各方利益，增进公司效率。

相反，公司若把保护股东的规范预设选入型任意性规范，管理层具备信息优势、激励手段，以及对公司决策过程的控制，可其通过修改章程和股东会决议方式达成偏向其利益条款，有利于股东的条款无从选入，股东则无法从该类任意性规范中获得保护。

由此，在股东与管理层利益存在冲突的特定事项上，立法者宜选择不利于管理层的内容作为选出型任意规范，而非选入型任意性规范，前者更能促使管理层与股东充分协商，有利于公司利益最大化。推而广之，通过预设不利于强势参与方的选出型任意性条款内容，激励该参与方与其他参与方通过协商获得适合公司之安排，无疑是有效率的。

## 结语

公司法作为组织体之行为规范，是规制各参与方做什么与怎么做的制度框架。其文本结构应该是软硬适中的。软是指有弹性，各参与方应该能够根据公司经营情况变化之不确定性，适时调整各方关系，防止相关问题之恶化。硬是指有刚性，制度性基本架构以及各参与方行为规制，要设置底线与红线。对此适配各自不同的公司规范类型，才能达至制度目的。

另一方面，公司法亦是裁判规范。若转换到救济角度，防范某参与方纯粹为己方目的行使本着公司利益而赋予其的权力，就是公司法应发挥强制作用的地方。而且该强制性最强的部分，不是强制实体内容，而是司法对公司自治介入的安排，司法调整就要与公司法该强制性规范的核心协调起来了。更直接的说，裁判是在公司法条文背景下进行的，在某些法律与章程不明确情况下，应由法院来决定公司参与者权力行使的正当性，那么任意性与强行性规范界分是如何裁判的出发点。

本文总体是立足于降低交易成本，从公司制度中的契约与组织两要素出发，在组织因素中分离出权力因子、公共秩序、内部行为的外部性等发力点，梳理出程序型、权力分配型、经济结构变更型、诚信义务型等四类强制性规范，在契约因素中区分调整阶段预先与后续，界分了事前备选型与事后救济型两类任意性规





范，并结合具体情况进行选出或选入型的安排。就此形成上述浅见，供大家批评指正。

### 作者简介

陈克 上海高院三级高级法官。

作者：陈克

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/UQeLno6JBXxyTqEpijSCow>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 第 117 期 | 信息处理者安全保护义务的实践困境与出路

### 作者简介

唐墨华 上海市第二中级人民法院民事审判庭审判员

苏昊 上海市浦东新区人民法院民事审判庭法官助理

胡贤君 上海市浦东新区人民法院川沙法庭法官助理

大数据技术能够将人的行为、选择及特征信息化，为人类的生产生活提供便利。同时随着个人信息的数据化和网络化，个人信息被泄露、篡改、丢失的风险也随之增加，威胁着信息主体或信息持有人的人身、财产安全。司法实践中信息主体因发现个人信息遭到泄露而起诉信息处理者要求承担侵权责任的案件屡见不鲜。因缺乏相应的法律规范，法官在处理该类案件时呈现出尺度不一和说理不清等问题。《民法典》第 1038 条规定了信息处理者的安全保护义务，但条文仅为概念性的规定，对于司法实践中翘首以盼的义务的具体内涵、侵权构成要件、证明责任、证明标准、责任形态等问题均未提及。本文拟通过对近十年相关案例的梳理分析，结合《民法典》以及《网络安全法》《个人信息保护法》等法律法规中的相关规定对第 1038 条的司法适用规则进行深入研究，以期对相关立法和司法提供一些参考。

### 一、信息处理者安全保护义务的实证考察

通过“中国裁判文书网”，以“个人信息”“信息泄露”“民事判决书”为共同关键词，以 2010 年至 2021 年为时间区间进行搜索，搜索到 1530 份判决书作为样本进行研读、统计、分析、比较，总结出相关案件司法实践中的如下特征。

#### （一）案件类型多元化

实践中，个人信息侵权行为的具体表现形式可大致区分为两种情形：一是信息处理者因故意或过失导致个人信息泄露；二是第三人利用信息处理者的技术或



管理漏洞窃取个人信息，导致个人信息泄露。笔者将相关典型案例列入下表示例说明。同时，从信息权益主体提起诉讼的请求权基础来看，除以侵害隐私权、名誉权、个人信息权益等人格权益为由要求信息处理者承担侵权责任的案件之外，在信息主体与信息处理者存在合同关系的情况下，信息权益主体也有以信息处理者违反合同附随义务为由提起合同之诉，主张信息处理者承担赔偿责任。

表 1：信息处理者未尽安全保护义务相关案件类型示例

| 序号 | 基本信息                     | 主要案情   | 案件类型  |                          |
|----|--------------------------|--|-------|--------------------------|
| 1  | 周某诉广州快客电子商务有限公司网络侵权责任纠纷  | 周某在快客公司经营的app上购买某品牌香水后申请退货退款，次日一自称该app客服人员的人向周某发送给其购物详细信息截图及退款链接，周某点击链接后，银行卡内5万元被转走。快客公司承认周某购物信息是公司一并打包给供应、快递公司等第三方时可能被泄露。周某遂起诉快客公司要求赔偿。 | 故意泄露  | 信息处理者故意或过失泄露个人信息         |
| 2  | 李某诉平安银行隐私权纠纷             | 李某是知名网络红人，平安银行在为李某办理贷款的过程中，因过失泄露了李某的贷款信息，导致李某贷款信息被案外人作为爆料线索泄露给娱乐博主，李某以侵犯隐私权为由起诉平安银行。   | 过失泄露  |                          |
| 3  | 王某诉汉庭星空（上海）酒店管理有限公司隐私权纠纷 | 王某称汉庭酒店的无线门户系统存在安全加密等级较低问题，存在信息泄露的安全隐患，包括王某在内的两千万条在酒店入住信息在网上被人窃取后打包放在网上下载。王某起诉汉庭酒店承担侵权责任。  | 第三人介入 | 第三人利用信息处理者的技术或管理漏洞窃取个人信息 |
| 4  | 庞某诉趣拿公司、东方航空公司隐私权纠纷      | 庞某委托案外人L通过趣拿公司运营的去哪儿网平台订购东航机票一张，订单留存了庞某及L的个人信息。案外人发送诈骗短信给原告谎称航班取消，改签旅客需支付手续费。庞某以诈骗短信影响其行程安排和工作为由，起诉趣拿公司和东航承担连带责任并赔偿精神损害抚慰金。              | 第三人介入 |                          |

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

## （二）诉讼主体复杂化

### 1. 被诉主体范围广泛

信息处理包括信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等行为，信息处理者指实施上述一种或几种行为的主体。从案例样本来看，被诉信息处理者范围广泛，既有个人信息较为集中的传统行业领域的金融机构、航空公司等，也有创新 2.0 时代的网络科技公司等网络平台，随着互联网发展战略在国



家层面得以建立，自 2015 年以后，网络平台作为信息处理者的案件量呈上升趋势。

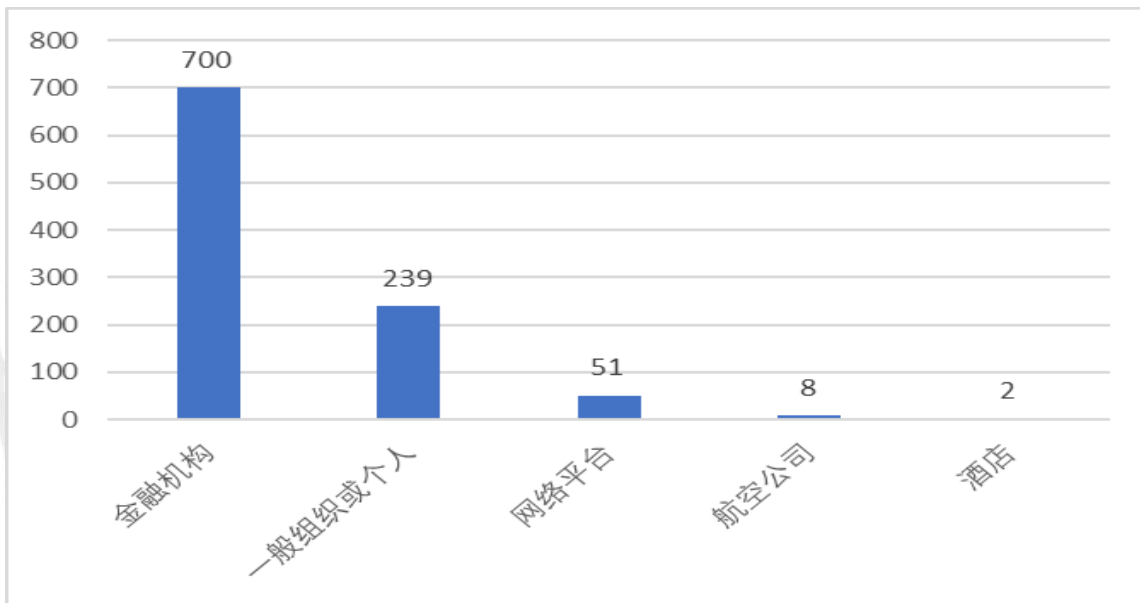


图 1：被诉信息处理者案件数量分布

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

## 2. 被诉主体数量不一

绝大多数案件反映出存在侵权行为的信息处理者并不唯一，由于个人信息侵权方式具有隐蔽性，侵权样态呈现出新型化、多元化特点，原告仅起诉一个被告的案件，既包括被告作为单一侵权行为主体的情形，也包括第三人介入侵权，而原告限于侦查能力的欠缺，无从查证第三人，仅起诉可能的信息处理者情形；在原告起诉多个被告的案件中，被告为可能留存过原告个人信息的信息处理者。



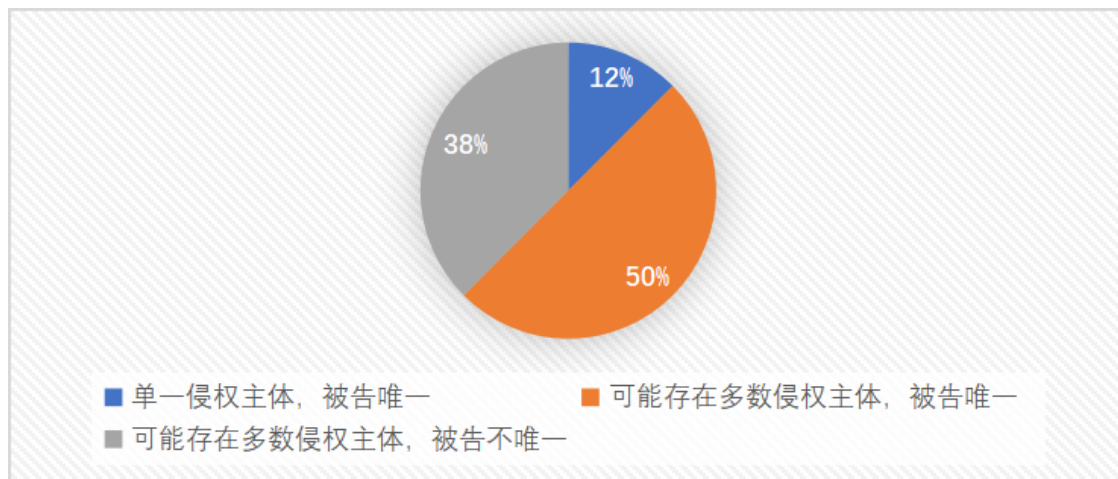


图 2：原告起诉被告个数案件分布

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

### 3. 被诉主体类型复杂

在个人信息泄露案件中，一般存在四类被诉主体：一是信息处理者；二是直接侵权的第三人，在一些个人信息泄露案件中，经公安机关查明信息泄露是第三人所为，原告将信息处理者和直接侵权的第三人作为共同被告起诉；三是接受信息处理者委托进行信息处理的组织或个人，实践中因信息权利人无法确定信息由谁处理，原告将委托人和受托人作为共同被告起诉，或者委托人申请追加受托人为共同被告；四是接入信息处理者平台的第三方应用提供者。为了完成交易，航



航空公司、电商平台等需要与第三方平台进行合作，在涉及第三方支付的信息泄露案件中，信息权益主体往往将该支付平台作为泄露环节的责任人一并起诉。

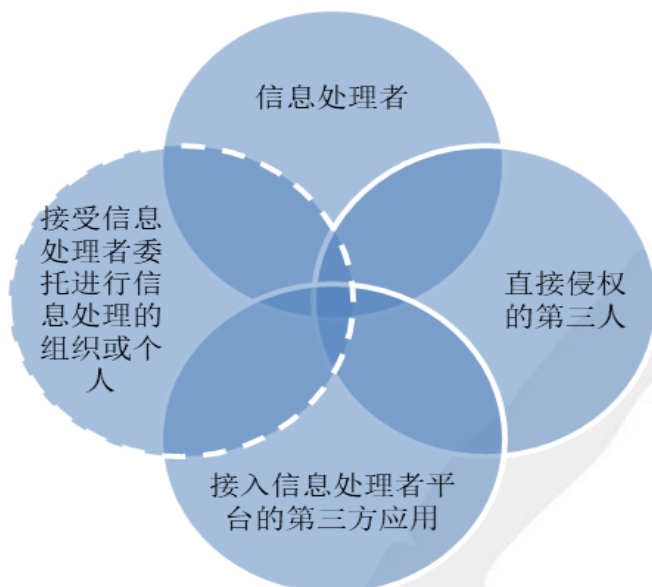


图 3：被诉主体类型关系图

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

### （三）责任方式集中化

在案例样本原告选择侵权之诉的案件中，诉讼请求的主张比较相似，主要有以下几种：1. 停止侵害，如删除个人信息；2. 赔礼道歉、消除影响；3. 赔偿因信息泄露遭诈骗导致的经济损失及其他费用；4. 赔偿精神损害抚慰金。在胜诉案件中，责任承担方式以停止侵害、赔礼道歉、消除影响为主，经济损失的支持率为 63%，但一般仅支持公证费与律师费，其他经济损失绝大多数案件均未支持。精神损害抚慰金的支持率为 52%，支持金额基本仅为诉请主张金额的 10% 左右。



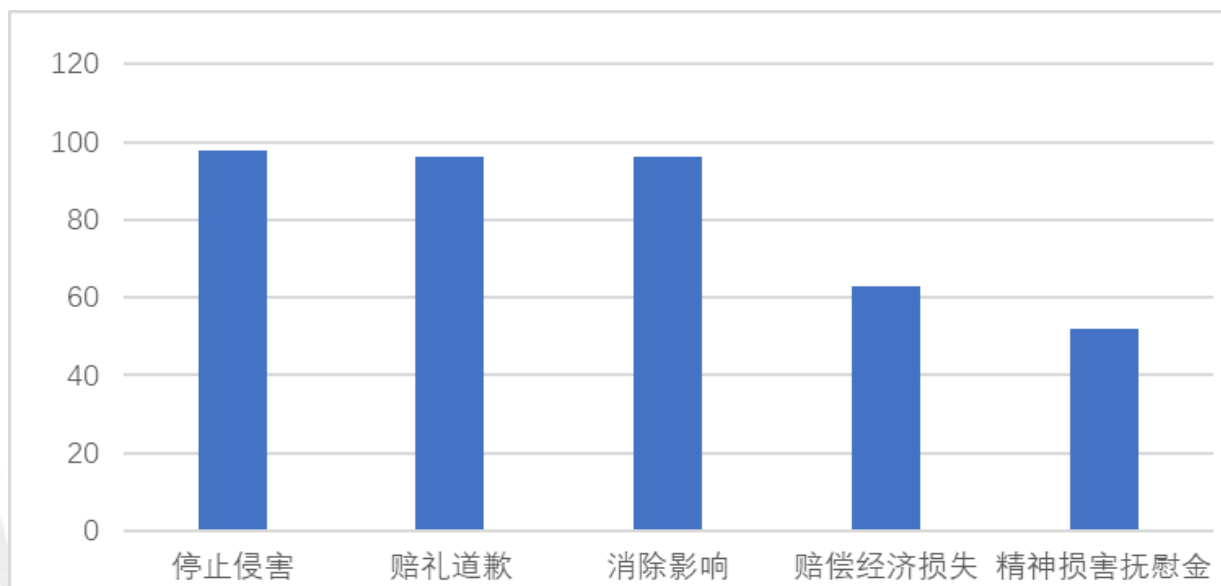


图 4：胜诉案件中责任承担方式的支持情况

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

#### （四）司法态度模糊化

首先，侵权主观要件裁判标准不一。在被告过错的认定上，同样是信息泄露行为，不同法院采取不同的归责原则。有的案件中法院采一般过错归责原则，以原告未能举证证明被告存在过错为由直接驳回原告诉请；有的法院则采用过错推定归责原则，认为被告负有维护在其控制之下的信息安全的义务，如被告无法证明其对个人信息尽到妥善安全保护义务，即存在过错。其二，侵权客观要件裁判标准不一。在侵权事实的认定上，有的法院认为应由原告完成对侵权要件的举证，有的法院采取高度盖然性的证明标准，顾及双方当事人之间实质公平正义进行举证责任的分配。此外，通过样本分析，法院在裁判说理上还存在没有说理、说理和结论脱节、说理不清等情况。



## 二、现实困境：

### 信息处理者安全保护义务的规范缺位

我国规定信息处理者安全保护义务的法律规范主要包括：一是关于网络信息保护的法律和行政法规；二是关于消费者权益保护的法律；三是《民法典》第 1038 条。从整体而言，这些法律规范规定的较为原则，缺少具体适用性的条文。法官在现有法律框架下借助类推适用、法益衡量等方法进行了大胆的探索，但仍存在裁判标准不一、说理不清等问题。信息处理者安全保护义务的内涵、违反义务的侵权构成要件、责任形态等具体规则的缺失，使司法实践面临的困境。

#### （一）个人信息权益的内涵分歧

##### 1. 个人信息权益性质的争议

早在人格权（姓名、肖像等）、知识产权（署名权等）制度中，个人信息已经受到不同程度的法律保护，但技术进步所带来的信息传播形态的变化，加深了人们对滥用个人数据侵犯人格利益的担忧，个人信息权作为一个独立的规范概念自一般人格权、隐私权中破茧成蝶。然而，作为安全保护义务的对象，个人信息权益的性质及其内涵仍未厘清。权利内涵的困境，主要源于对个人信息不同维度的观察视角：一方面，该项权益以个人信息为保护内容，体现了人的尊严及价值，并无可供支配的物质客体，这一点与典型的人格权无异；另一方面，在征得个人信息主体的同意后，具有人格属性的个人信息可以通过商品化或公开化的方式转化为财产价值予以转让与利用，这一点又体现出财产权的意味。唯有首先确认受侵犯的权利本体，才能继而为个人信息侵权责任确立请求权基础，责任成立及损害赔偿范围等相关问题方能有所依归。

##### 2. 个人信息权益保护客体的识别困境

个人信息权益的保护客体直接决定了主体对救济途径的选择，而抽象立法无法对此提供充分的规则指引。问题在于，个人信息所蕴含的精神利益与经济利益是否可以借助个人信息权益获得完整的保障，观点的分歧引发了一元模式与二元模式的进路之争。前者主张借助个人信息权对精神利益与经济利益一体保护，后者坚持将可被商品化的利益作为独立的民事财产权益进行保护，从而形成人格利益与财产利益并行保护的规范路径。在后民法典时期，如何识别个人信息权益的



客体，进而确认权益受侵害的事实，并在责任构成要件的约束条件下提供救济，成为了摆在法解释者面前的一道难题。

## （二）信息处理者安全保护义务的内涵不明确

### 1. 义务内容不明确

由于信息处理过程的科技性、专业性和潜在的风险性，信息处理者的安全保护义务与传统的经营场所的安全保障义务有显著的差异性，故其内涵需要进行重新界定。《民法典》第 1038 条对于这种新型的安全保护义务的规定的较为原则，该义务的具体内容以及信息处理者采取何种措施才算尽到安全保护义务等问题均未明确。理论界和实务界也缺少对于该项义务具体内容的类型化梳理，为司法实践提供裁判标准，导致法官只能采取较为笼统的表述，含糊其辞地阐述信息处理者未尽到安全保护义务而存在主观过错，影响了裁判的可接受性。

### 2. 义务标准不明确

信息处理者安全保护义务的履行标准指信息处理者需尽到何种程度的注意义务才能免责。《民法典》第 1038 条未予规定。在信息处理者是否尽到安全保护义务的判断标准上，主要的困境在于：如何寻找到合适的法律规定作为法定标准，并对法定标准进行民事侵权构成要件话语体系下的解读；在没有法定标准的情况下，则又应采取何种判断标准？传统的善良管理人义务在信息处理者安全保护义务中是否适用？鉴于信息处理与传统经营环境的不同，即使适用善良管理人标准也应采用新的内涵。上述问题在立法上未予明确，在理论界也鲜有研究，导致司法实践中信息处理者安全保护义务缺少合理的界限，信息处理者是否承担侵权责任的随意性变大。

## （三）信息处理者违反安全保护义务的侵权行为难认定

### 1. 归责原则之惑

在大数据时代，信息收集、保管以及其他流转，信息权益主体的参与性均极弱，科技黑洞背景下普通信息权益人对于专业信息处理流程和管理制度一无所知，信息权益主体举证证明信息处理者存在过错的难度极大。因此采用一般过错责任





将导致信息权益主体和信息处理者双方利益的失衡。《民法典》第 1038 条对于违反信息安全保护义务侵权的归责原则未作规定。司法实践中主要存在三种做法：一是适用一般过错责任；二是名为过错责任实为过错推定责任；三是名为过错责任实为无过错责任。理论界对于该问题也多有探讨，主要存在如下观点：一种观点是采用无过错原则；第二种观点是根据信息处理者的信息掌控能力分别适用无过错、过错推定和过错原则。《个人信息保护法》第 69 条第 1 款以过错推定作为责任归咎的原理和标准，这一权威性论断的作出在一定程度上终结了相关的理论与实践争议。

## 2. 因果关系之惑

在信息处理者未尽安全保护义务的侵权案件中，因果关系的证明存在两个难点：（1）数据处理的各个环节中，都存在数据泄露的可能，信息权益主体根本无法确定哪个环节出现了泄露，谁是真正的侵权人，即使通过公安机关介入等方式可能确定了侵权人也可能无法证明行为和损害结果之间的因果关系。针对信息泄露因果关系难以证明的问题，现有法律规范并未规定采取何种证明标准以及是否可以采取特定的推定规则来破解证明难题，以平衡信息权益主体和信息处理者在证明能力上的天然不平衡。（2）在第三人窃取信息并对信息权益主体实施犯罪的情况下，信息权益主体向第三人主张权利最为顺畅。但实践中信息权益主体为了更好的获得救济，往往直接起诉更有保障的信息处理者，此时信息处理者的行为与信息权益主体造成的损害之间的因果关系以及因果关系的范围如何确定，也是实践中的难题。

### （四）信息处理者违反安全保护义务的责任形态不定

#### 1. 信息权益主体与侵权人之间关系不确定

《民法典》1038 条第 1、2 款规定了信息处理者直接侵权和第三人介入侵权两种侵权形态。对于信息处理者直接侵权的情形，如果信息处理者为单个主体，责任形态较为清晰，但如果信息处理者是复数的情况下，信息权益主体在无法确认哪个或哪几个是侵权人的情况下，权益人是否可以起诉选择其中一个或几个信息处理者作为被告主张权利，存在分歧。对于第三人介入侵权的情形，信息处理者承担的是何种责任，并不明确，实践中对于是参照适用第 1198 条第 2 款规定



的经营者的补充责任，还是参照适用第 1195 条第 2 款规定的网络服务提供者的连带责任存在争议，需要明确。

## 2. 数个侵权人之间的关系不确定

数个侵权人在信息处理者违反安全保护义务的案件中并不少见，数个侵权人的情况比较复杂，可以区分为如下类型：（1）数个可能的信息控制人为共同被告，此时被告之间可能存在委托、合作等多种合同关系。如在航空旅客信息遭泄露的案件中，旅客将航空公司、票务代理公司、订票系统的技术服务公司作为共同被告要求承担侵权责任。（2）信息控制人与其他负有安全保护义务的义务人为共同被告。如在消费者在网络平台购物后信息遭到泄露致使遭到诈骗的案件中，消费者将该网络平台、提供支付宝服务的公司作为共同被告要求承担侵权责任。

（3）信息控制人与实施直接侵权的第三人为共同被告。在上述三种情形下，数个侵权人之间的责任如何分配，有无追偿权等问题，都不无疑惑。

## （五）信息处理者违反安全保护义务的责任形式存疑

### 1. 精神损害赔偿的适用存疑

《民法典》第 1183 条继续沿用了《关于精神损害赔偿的司法解释》第 8 条的规定，将精神损害赔偿的条件限定为造成“严重精神损害”的情形。但个人信息发生泄露、篡改、丢失等侵权行为，其损害后果具有滞后性和潜在不确定性，如果一律要求证明已造成“严重精神损害”，往往有失公允，因此对于精神损害赔偿的条件如何解读，有待进一步研究。在精神损害赔偿的金额方面，司法实践中呈现出欠缺说理、随意性大等问题，应进一步完善规则，对司法予以规范。

### 2. 财产损害赔偿的适用存疑

财产损害赔偿的请求在信息处理者违反安全保护义务的案件中较为常见，但该请求得到支持的比例较低，就其原因在于：其一，个人信息不会像其他物质产品一样随着使用而有所耗损，导致价值减少；其二，个人信息侵权的损害后果很难衡量，很多为信息泄露后导致名誉、信用受损的间接损失，这些间接损失能否获赔不无争议；其三，个人信息遭到泄露的情况下很难找到直接侵权人，即使找到直接侵权人其获取个人信息也并非为了获利或者获利数额难以确定。换言之，即使《个人信息保护法》第 69 条第 2 款前半句明确了受害人所受损失、加害人



所得利益两种确定赔偿额的可行进路,但这一灵活且明确的立法技术并不能为全部的损害情形提供规范基础,在实践中仍存在无法弥合的规范空间:在权益主体遭受的损失无法确定,侵权人的获利也无法确定的情况下,相关案型落入同法第 69 条第 2 款后半句“根据实际情况确定赔偿数额”的调整范围,而法院如何根据实际情况酌定赔偿金额,必然成为司法实践中适用法律的一个难题。

### 三、出路探寻:

#### 信息处理者安全保护义务的解释论框架

《民法典》第 1038 条确立了信息处理者安全保护义务的权利规范基础,但对于司法实践中争议较大的问题尚未予以明确,应结合《民法典》的相关条文以及其他法律,对于 1038 条的理解适用进行深入的研究,并提出若干完善的建议。

#### (一) 作为安全保护义务正当性基础的个人信息权

##### 1. 个人信息权益的人格权属性

个人信息究竟应被称为权利或权益素有争议,我国《民法典》在立技术上从保护客体的角度切入,巧妙回避了这一争议。但无论称之为权利或权益,个人信息在规范的世界中被作为一项受法律保护的利益对待,毫无疑问已成为共识。剩下需要解决的问题是,应将其归为权利或财产权的类型。对于个人信息的权利属性,学理观点纷繁复杂,包括个人信息权否定说、基本权利和自由说、物权说或所有权说、隐私权说、一般人格权说、人格权兼财产权说、框架权说和具体人格权说。通说将个人信息权利的规范目的定位于实现人格自由和尊严,但也有少数观点着眼于个人信息的交换价值与经济功能,个人信息成为了财产权的客体。

从法典编排所体现的内在体系考察,个人信息保护位于《民法典》人格权编的体例安排,为个人信息权的人格权属性提供了具有说服力的形式理由。从权利行使的实效上考察,诸多可识别的个人信息碎片聚合形成个人的数字形象,这种可识别性就体现了人格特征。保护个人信息就是为了避免妨碍个人在没有通过扭曲或外力操纵的情况下自主选择并自由生活的能力,肯定个人信息的人格权属性就是对数字生活中的人自由发展、自我实现的保护。在比较法上,个人信息权益的人格权定位也已成为欧洲各国的通例。



## 2、个人信息权益的双重保护内容

既然个人信息权益属于一类人格权，人格利益自然是其重要的保护内容，具体而言，个人信息权益所保护的人格利益系属精神性人格利益，与身体权、健康权等附着于有形客体的人格权不同。与传统精神性人格权相比，个人信息的特殊之处主要体现在权利行使的具体场域有所区别。传统精神性人格权重在保障线下生活中特定主体的客观评价及行动自由，而个人信息权益则直接保护数字生活中的客观评价与行动自由，进而间接反射于线下生活中的个人尊严。

另一方面，法律不但关注数字社会中人格利益，而且也从未忽视个人信息中天然蕴藏的财产利益，甚至可以说，恰是个人信息的财产性价值才催生了个人信息受法律保护的必要。而正是因为个人信息权益中包含财产利益，才使得由众多个人信息聚合而成的大数据成为数字社会中重要的生产资料。

然而，即便个人信息权益的保护客体囊括了人格与财产双重利益，分别通过人格权、财产权予以保护的途径也并非规范上的必然选择。因为对于一项权利中的不同权能进行“拆分”并将之并列保护的做法，虽有美国法中隐私权、公开权并列的法制先例，但与我国对人格权一体保护的一贯立场不符。《民法典》第 993 条为人格权中积极经济利益的实现提供了规范指引，而第 1182 条则奠定了个人信息权益中消极经济利益保护的规范基础。

### （二）信息处理者安全保护义务的二元内涵

#### 1. 信息处理者安全保护义务的内容

《民法典》第 1038 条第 1、2 款分别规定了信息处理者安全保护义务的两个大的类型，一是信息处理者不得通过积极行为侵犯个人信息，此为禁止性义务；二是信息处理者应采取适当措施保护个人信息安全，此系强制性义务，旨在防止信息处理者消极不作为侵犯个人信息权。强制性义务包括三方面内容：（1）技术安全义务，信息处理者应当采取技术措施防止个人信息被篡改、泄露或丢失；（2）管理安全义务，除技术性措施外，信息处理者负有管理安全义务，强化内部制度与流程管理，防止个人信息安全事件；（3）事后补救义务。信息处理者的补救义务分为两方面：应急处置义务和告知、报告义务。对于上述义务的具体内涵，需要结合《网络安全法》《个人信息保护法》《电信和互联网用户个人



信息保护规定》《儿童个人信息网络保护规定》等相关法律规范和《信息安全技术个人信息安全规范》等行业标准予以确定。

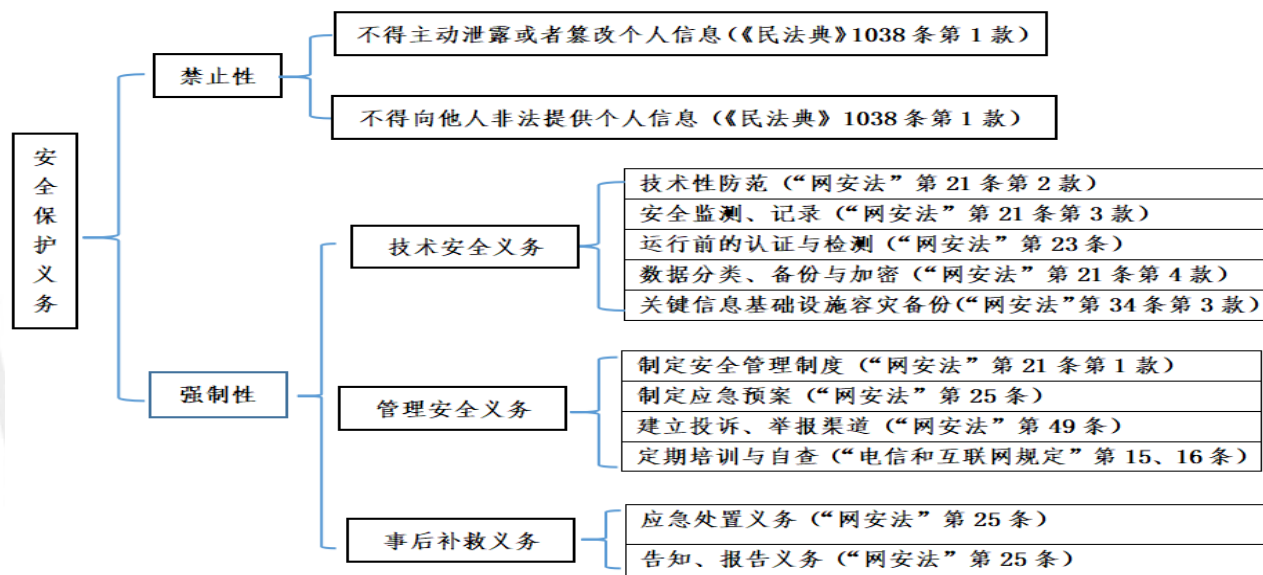


图 5：信息处理者安全保护义务的内容展示图

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

## 2、信息处理安全保护义务的标准

信息处理安全保护义务的具体标准，首先应依据法律、法规予以确定；若无相应法律、法规，则可依行业规范、国家标准等充实义务内涵；在法律、法规、行业规范、国家标准缺位的情况下，可以通过指导性案例、公报案例方式丰富义务的内容。在个案中，应根据善良管理人的注意标准为信息处理者的行为自由划定边界。具体而言，即根据个人信息处理者采取防范措施所负担的成本与个人信息受到侵害的危险及严重性程度，确定信息处理者采取的措施是否尽到安全保护义务。



### （三）差异化构成要件的体系性证成

#### 1. 主观要件：过错推定原则的确立

对于信息处理者的主观要件，司法实践和学理上存在不同的判断路径，不同立法例基于对过错原则的反思也提出了不同的归责径路。一种具有代表性的做法，是区分主体、场域和技术，构建多元归责体系。对于非网络空间的侵权，适用过错归责原则。对于网络空间的侵权，未采用自动化处理技术，同样依过错规则；采用自动化处理技术的，公务机关侵权采无过错责任，非公务机关侵权采过错推定。另一类典型的立法技术是欧盟数据保护法所采取的立场，也即信息控制者只有在符合免责事由时才能免除责任。如根据欧盟 GDPR 第 82 条第 2、3 款，信息处理者应当对所造成的损失承担责任，除非信息处理者能够证明其对导致损失发生的事件不负有任何责任。

《个人信息保护法》第 69 条第 1 款规定的过错推定原则，作为介于过错责任和无过错责任的“中间道路”，是较为合理的归责原则。首先，权益主体无法知晓和掌控信息处理过程。因此，坚持过错责任无异于剥夺了受害人获得救济的权利。其次，无过错责任虽然利于个人信息权益保护，但开放与共享是数字社会的必然要求，采用无过错责任会极大增加信息处理者的运营成本，阻碍数据的流通与利用。其三，以是否运用自动化处理技术为区分标准构建多元归责体系，看似能够平衡信息主体与信息处理者的利益，但在实际效果上限制了个人信息权益的救济。因为自动化处理技术外延并不清晰，且被害人需对是否采用自动化处理技术进行证明，这与填补损害的现代归责原则相悖离。其四，过错推定根据个人信息的控制事实，一方面免去了加害人对过错的证明负担，增加其获得救济的可能，另一方面给与信息处理者自证清白的机会，缓和了双方在信息控制能力上失衡。

#### 2. 客观要件：独立因果关系的构建

依侵权法通说，若因第三人介入引发异常风险，因果关系将发生中断，第三人是确定且唯一的侵权主体。然而从引致损害的原因力而言，信息处理者未尽安全保护义务开启了信息不当利用的风险，为直接侵权行为提供了行动前提、贡献了原因力。从责任的合理分配而言，直接侵权人往往难以查明，即使查明也未必拥有充分的责任能力，判断责任归属不宜固守直接参与者的教条，而需在更广泛



的社会关系上对损害配置进行考察。若责任的配置被认为符合公平意旨，即使没有直接参与的主体也可被课以侵权责任。自双方证明能力而言，因个人信息的处理具有高度复杂性、协同性，权利人对个人信息的处理缺乏相应的认知、控制能力，要求其查明各信息处理者与损害的因果关系不免“强人所难”。在立法例上，GDPR 第 82.4 条和《德国数据法》第 83 条第 3 款也采用了调整方式：若不能查明多个数据处理者中的具体侵权人，则每一个处理者均承担责任，权利人的因果关系证明责任得以缓和。因此，针对个人信息的新型侵权，即使第三人介入是损害发生的直接原因，也不应阻断信息处理与损害结果之间的因果关系，信息处理者仍需在相应范围内承担责任。

### 3. 证明责任和标准：利益平衡原则下的分配

根据承担责任类型的不同，证明责任的分配也大相径庭。若信息权利人主张停止侵害、赔礼道歉等人格权请求权，其仅需对存在加害行为承担证明责任。若信息权益主体主张侵权损害赔偿，过错推定仅解决过错要件的证明责任归属，信息权益主体仍需对损害结果和因果关系负有证明责任。相比于信息主体，信息处理者具有更强的信息处理能力和信息状态的证明能力。因此，对于加害行为这一要件事实的证明责任比较法上也存在一定程度的修正。具体而言，信息主体仅须证明信息发生泄露的事实、信息处理者对个人信息的控制力且有泄露其个人信息的可能性。若被告无法反证推翻这种高度可能，就可以认为被告实施了泄露个人信息的加害行为；反之，若处理者能够证明其无需对造成的损害事实负责，可全部或部分免责。

实践中，因信息处理具有高度复杂性和隐蔽性，信息主体与信息处理者之间呈现“非对称权力结构”，信息权益主体在诉讼中的证明能力明显不足，这也正是目前侵权案件多发而维权艰难的最主要原因。因此，在证明标准上应采高度可能性标准，以平衡双方的证明能力。高度盖然性内涵的确定应考量以下诸要素：

(1) 信息处理者控制个人信息的范围与程度。(2) 其他主体掌握和泄露个人信息的可能性。(3) 信息处理者履行安全保护义务的过往记录。如信息处理者曾被媒体报道或被主管部门警告、处罚，其泄露信息的可能性更高。



#### （四）复合性责任形态的构筑

##### 1. 直接侵权情形下的责任形态

信息处理者承担直接侵权责任的情形包含以下四类。其一，信息处理者擅自泄露或篡改其收集、储存的个人信息；其二，处理者未经同意，向他人非法提供个人信息；其三，因信息处理者未尽安全保护义务，个人信息遭泄露、篡改或丢失，但未被第三人不法利用。在前两种情形下，信息处理者应根据《民法典》第 1038 条第 1 款承担直接侵权责任，在第三种情形，信息处理者应依《民法典》第 1038 条第 2 款承担直接侵权责任。实践中，除前述三种情形外，还存在第三人利用被泄露的个人信息侵害信息主体，但无法查明第三人具体身份的情形。信息处理行为引发了个人信息被不当利用的风险，安全事件的发生背离了信息主体的正常期待，导致的损害结果具有不可容忍性，因此同样属于直接侵权形态。在直接侵权的情形，因缺乏明确的第三人介入，信息处理者应对因果关系范围内的损害承担全部的赔偿责任。

##### 2. 第三人介入侵权情形下的责任形态

第三人利用信息处理者未尽安全保护义务所产生的技术和管理漏洞，实施侵犯个人信息的行为，构成了“第三人介入”+“处理者未尽保障义务”的侵权类型，对此存在两种处理意见：一是《民法典》第 1197 条的连带责任模式，二是《民法典》第 1198 条的补充责任模式。笔者认为，后者更为契合信息安全保护义务的规范特征。现实中信息处理者往往处于提供信息处理服务的消极中立地位，与直接侵权人之间缺少共同加害行为的主观可责性。因此，信息处理者与直接侵权人间不宜承担连带责任。对信息处理者课以补充责任，维护了信息主体的救济权，其可要求具有直接因果关系的侵权人承担全部责任，也可要求信息处理者承担相应责任；同时，补充责任亦不会过分“纵容”信息处理者，因为处理者面临承担责任的风险，其事实上无法期待直接侵权人有清偿能力而怠于履行义务，仍会积极履行安全保护义务以避免损害发生。在责任范围上，信息处理者应承担“相应”的补充责任，即通过对过错程度的考量来确定责任大小。在责任顺位上，信息处理者承担“补充”责任，可以向直接侵权人进行追偿，仅须在直接侵权人先行承担责任后，对于其无力承担部分再行补充承担。





### 3. 复数侵权主体的责任形态

(1) 复数信息处理者之间的责任形态。因为个人信息的处理具有高度复杂性、协同性，信息权利人对个人信息的处理缺乏相应的认知、控制能力，要求其查明各信息处理者与损害的因果关系不免“强人所难”。当复数信息处理者均存在侵犯个人信息的可能性，且无法确定具体侵权主体时，构成了择一因果关系，应适用《民法典》第 1170 条由复数信息处理者承担共同危险的连带责任。信息权利人可以起诉数个信息处理者之一，也可以将全部信息处理者作为共同被告。信息处理者唯有举证确定实际侵权人，才能免除责任。

(2) 信息处理者与其他侵权人之间的责任。信息处理者与其他侵权人之间的责任形态，应根据其他侵权人的身份予以区分：

其一，信息处理者允许第三方应用接入平台，因第三方应用原因引发信息安全事件。信息权利人因信赖信息处理者恪尽安全保护义务，授权同意第三方平台获取个人信息，信息处理者的谨慎义务也随之相应提高。信息处理者应通过服务协议、平台规则，明确接入的第三方应用所负担的安全保护义务，并负有持续监督、加强安全管理责任。第三方应用发生安全事件造成用户损失，未尽监督义务的信息处理者应与第三方应用承担连带责任。由于两者承担连带责任基于不同的法律原因，仅因法律关系偶然竞合所致，系不真正连带责任，承担责任的信息处理者有权向第三方应用追偿。

其二，信息处理者委托第三方处理个人信息，因第三方原因引发信息安全事件。第三方并非信息处理者的雇员，而系基于委托等法律关系独立于信息处理者的主体。在认定侵权责任时，应区分不同的情况：一是受托第三方单独实施侵害他人个人信息的侵权行为，信息处理者对受托第三方不存在指示、帮助等行为的，应由受托第三方承担侵权责任；二是信息处理者与受托第三方存在侵害他人个人信息的共同故意的，虽然由受托第三方直接实施侵权行为，信息处理者和受托第三方也应作为共同侵权人，连带承担侵权责任；三是信息处理者知道或应当知道受托第三方的行为违法未表示反对的，根据《民法典》第 167 条的规定，信息处理者和受托第三方应承担连带责任。



## （五）责任承担方式的厘清与完善

### 1. 精神损害赔偿的适用条件

个人信息与人格尊严、自由密切相关，信息泄露或丢失所引发的精神损害具有隐蔽性和长期潜在性，信息主体可能在很长时间内“丧失以私人 and 舒适的方式行动的自由，以及减少社会化关注、使其个性分支得以生长的自由”。基于个人信息侵权的特殊性，对于“严重精神损害”应采取主观认定标准，即根据个人信息侵权通常是否足以导致普通人的精神利益严重受损，以此降低精神损害赔偿门槛。对于精神损害赔偿数额的确定，应当考量不同要素予以综合判断，包括个人信息的识别可能性以及与人格尊严、自由的密切程度，信息处理者的过错程度，个人信息的传播范围，信息权益主体的人格权遭受损害的具体场合及情节，信息处理者是否因此获利，信息处理者的经济能力等。

### 2. 财产损害赔偿的赔偿范围

信息处理者违反安全保护义务产生的财产损失，不仅包括直接损失，还包含间接损失。间接损失主要是指信息权益主体因个人信息泄露、篡改等事实，导致其社会评价下降或信用降低，使其本可获得的利益无法获得。例如，因个人信息被非法篡改导致信息主体的贷款未获审批。间接损失的范围并非毫无限制，只有根据事物通常的发展进程信息主体可以取得的利益，才属于间接损失的范围。若间接损失本就不确定或不合法，则不能获得救济。



长按  
二维码  
关注

作者：唐墨华、苏昊、胡贤君

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/EpiqDjmPbaE5iiGNliuqAA>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 第 245 期 | 涉无因管理案件司法统计分析

### 涉无因管理案件司法统计分析

#### ——基于对近三年来上海法院涉无因管理案件的实证分析

#### 作者简介

邓梦婷，上海市高级人民法院研究室法官助理

蔡宇帆，华东政法大学国际法本科生

#### 引言

不当得利和无因管理起源于罗马法，不当得利、无因管理与合同和侵权三足鼎立，一起构成提起债权请求权的原因，但无论是理论研究的规模，还是司法实践中案件的数量，均与合同和侵权不可同日而语。在司法实践中，无因管理往往作为“兜底”条款，将不属于侵权和合同纠纷的纳入其中，导致在司法实践中，存在无因管理认定存在困难、容易与其他法律关系混淆、举证认定标准较高等问题，需要在法律适用过程中予以进一步明确。

因此，本文在 C2J 法官办案智能辅助系统中，以“无因管理”为关键词，对上海法院近三年（2020 年-2022 年）与无因管理相关的裁判文书进行了检索，共收集到 195 篇裁判文书。通过对文书进行系统地梳理，本文勾勒出无因管理相关案件的司法实务样态，归纳总结审判实践中遇到的难点和存在的问题，并结合前人研究成果提出相应的完善建议。

#### 一、宏观梳理：

##### 涉无因管理相关案件的司法实务样态

为进一步展现涉无因管理案件的总体情况和特点，梳理审判实践中存在的疑难问题，本文对涉无因管理的案件进行了较为系统的分析整理，总结出上海法院涉无因管理案件的三个特征。



### 1. 案件数量逐年递减，一审案件地域分布较为分散。

经统计，涉无因管理的案件数量逐年减少，2020 年 78 件，2021 年 69 件，2022 年 48 件（详见图 1）。

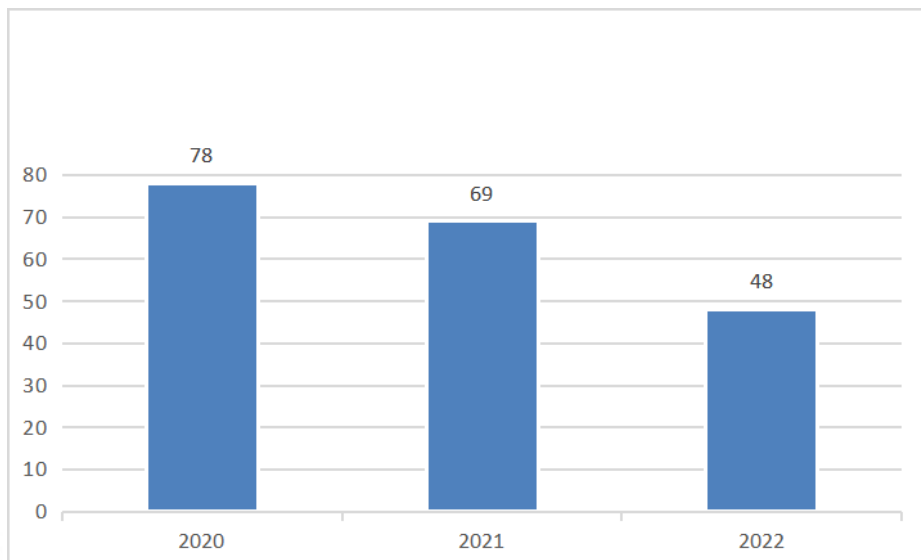


图 1：案件数量分布

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

本文共收集一审案件 125 件，案件地域分布较为分散，其中，浦东 22 件，松江 16 件，金山 15 件，青浦 15 件，闵行 12 件，奉贤 10 件，宝山 7 件，普陀 5 件，黄浦 5 件，静安 5 件，长宁 4 件，徐汇 3 件，崇明 2 件，虹口 2 件，嘉定 1 件，海事法院 1 件（详见图 2）。



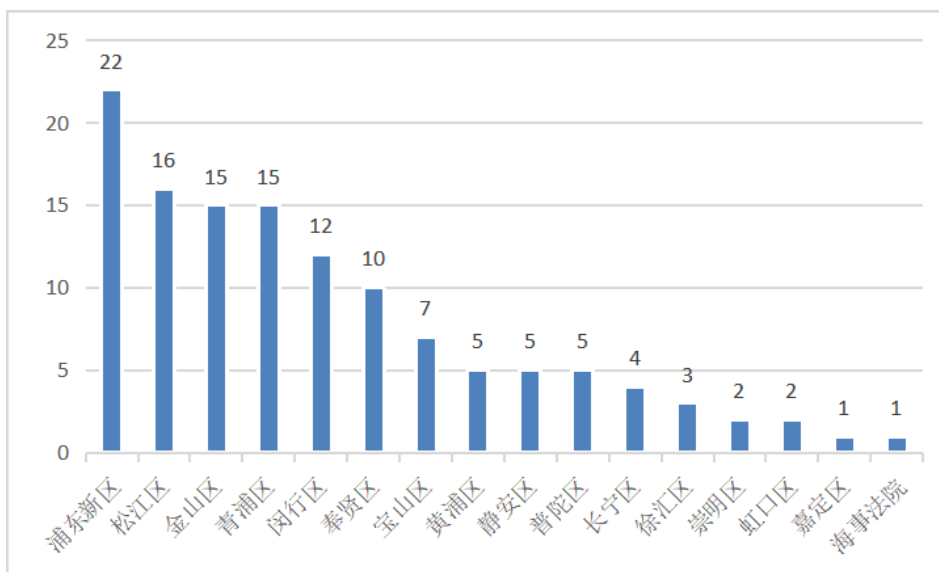


图 2：一审案件地区分布情况

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

## 2.案由分布较为集中，多为无因管理纠纷和合同纠纷。

根据案由进行统计，涉无因管理案件的案由分布范围较为广泛，主要集中于无因管理纠纷和合同纠纷。其中，无因管理纠纷 53 件，房屋租赁合同纠纷 11 件，教育培训合同纠纷 8 件，追偿权纠纷、其他合同纠纷各 4 件，不当得利纠纷、服务合同纠纷、保证保险合同纠纷各 3 件，财产损害赔偿纠纷、民间借贷纠纷、诉讼代理合同纠纷、其它侵权责任纠纷、建筑工程合同纠纷各 2 件，其他所有权纠纷、排除妨害纠纷、债权人代位权纠纷、商品房委托代理纠纷、特许经营合同纠纷、劳务合同纠纷、离婚纠纷、公共道路妨碍通行损害责任纠纷、公司增资纠纷、合同纠纷、买卖合同纠纷、其他婚姻家庭纠纷、保管合同纠纷、保理合同纠纷、被继承人债务清偿纠纷、代位求偿权纠纷、返还原物纠纷、海上货运代理合同纠纷、建筑设备租赁纠纷、健康权纠纷、联营合同纠纷、破产债权确认纠纷、强制代为保管纠纷、涉外房屋租赁合同纠纷、申请财产保全损害责任纠纷、申请诉中财产保全损害责任纠纷、身体权纠纷、所有权确认纠纷、提供劳务者受害责任纠纷、土地租赁合同纠纷、委托合同纠纷、物业服务合同纠纷、遗赠扶养协议纠纷、



有限公司服务合同纠纷，赠与、分家析产、法定继承纠纷、租赁合同纠纷各 1 件。  
（详见图 3）

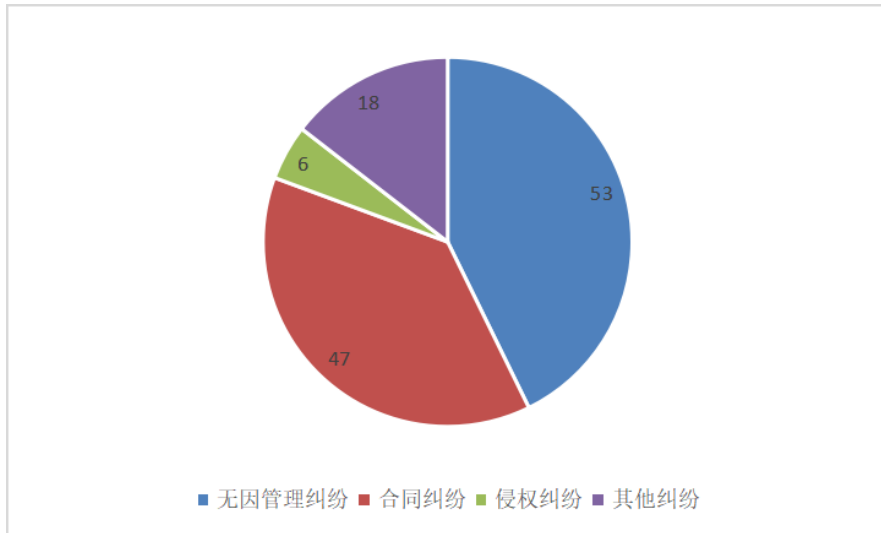


图 3：民事案件案由分布情况

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

### 3. 二审案件占比较大，上下级法院存在观点分歧。

经统计，涉无因管理案件上诉率较高。本文收集的文书中，二审文书 64 件，在全部案件中约占 33%。可见，涉无因管理案件当事人之间争议较大，对一审判决结果的接纳程度较低。（详见图 4）民事案件二审改判的比率较高，64 件二审案件中，10 件改判，约占二审案件总量的 15%（详见图 5）。

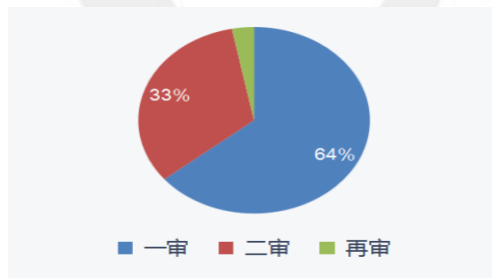


图 4

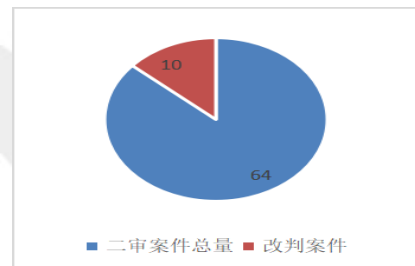


图 5

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号



另外，再审案件有 6 件，存在不同法律程序判决结果不一致的情况。其中，吕某与顾某离婚纠纷案，一审准许离婚，二审发回重审，再审判决准许离婚并重新分割财产，二审判决维持原判。

## 二、司法实务中存在的难点问题

《中华人民共和国民法典》第 979 条至 982 条对无因管理进行了较为系统的规定，但司法实务中对该制度的理解与适用存在一定程度上的偏差，且常与其他法律关系混同。通过对文书的说理部分进行梳理，发现在司法实务中，涉无因管理案件在审理中存在三方面的困难：

### 1. 无因管理认定存在困难。

司法实务中，实际上认定无因管理成立的案件数量较少。经统计，近三年，上海法院共审结民事案件 174 万件（2020 年 57 万件，2021 年 61 万件，2022 年 56 万件），认定成立无因管理的案件 28 件，占全部民事案件的比例为 0.0016%。根据《民法典》规定，并结合法院说理部分的论述，可以总结出审判中在认定无因管理需要满足如下三个条件：

**一是为他人管理事务。**首先，他人事务须为特定人的事务，而非公益事业。其次，必须在客观上为他人管理事务。再次，无因管理不限于单纯的管理行为，也包括为他人提供服务。例如，原被告签订预售合同，约定原告将系争房屋出售给被告。后经杨浦房管局多次通知相关楼盘维修资金交款，原告缴款后，向被告发送《催款函》要求偿还已垫付的系争房屋专项维修资金；本案中，法院认为，为他人管理事务体现在“根据预售合同及补充条款一，结合被告承诺书，可见被告明知其是系争房屋的专项维修资金的缴款义务人。”又如，原告是系争房屋权利人，被告是系争房屋的物业管理人，原告提供物业管理服务期间，因被告专有部位漏水，原告联系 Y 公司维修并支付费用；本案中，法院认为“客观上实施了管理他人事务的行为。虽然被告抗辩称原告在能联系到产权人的情况下私自委托维修，不构成无因管理，但受益人是否事先知晓并不属于无因管理之构成要件。”

**二是有为他人谋利益的意思。**在对他人事务进行界定时，应当结合管理人的管理意思进行统一判断。例如，法院会认定管理的利益归属，指出“原告作为系争房屋卖方，已将系争房屋出售被告，被告作为系争房屋的实际权利人，在办理



相关房地产权转移登记前，负有专项维修资金的缴款义务，原告代被告交纳该款，由此产生的相应利益归于被告。”又如，涉讼房屋系原告与被告的父母遗留下来的老房子，因房屋年久失修，为了安全起见，原告联系了装修工人，花费数万元将房屋的外墙和屋顶全部翻修，法院认为，“其中包括被告所有的三楼主卧及公用部分，系为被告的利益对被告所有的财产进行了管理，因此所偿付的费用有权向受益人即本案被告要求支付。”

**三是无法律上的根据。**即没有法律上的义务，包括没有法定义务和约定义务。司法实务中，若当事人之间存在其他法律关系，则不成立无因管理。例如，原告作为被告公司的联系人、出借款项的负责人、支付律师费的代表等身份参与被告公司的日常公司经营活动，在一审中以无因管理为由向被告主张垫付款，二审中当事人变更为委托合同关系，本案中，法院认为原告系被告公司的股东、监事，其管理被告公司的事务是基于其职务关系，故原告以无因管理主张其民事权利不应得到支持。

## 2.容易与其他法律关系混淆。

在梳理文书过程中发现，有大量的案件并不是属于无因管理，但当事人在起诉或举证过程中，以无因管理作为请求权基础或作为抗辩理由。本文收集的文书中，28篇属于真正的无因管理，11篇是当事人将其他请求权基础与无因管理混淆，54篇涉及无因管理举证问题，106篇仅仅是当事人在诉讼中提及无因管理。为进一步区分无因管理与其他法律关系的区别，本文结合文书内容，对容易混淆的法律关系进行了梳理。

**一是与侵权关系存在混淆。**司法实务中，侵权人有可能主张自身成立无因管理。例如，在张某诉 T 公司案中，被告将酒存放在 F 公司租赁的 C 公司的仓库中，原告自行移走酒品，被告曾起诉要求返还，原告请求被告支付无因管理费用。本案中，张某主张自己与 C 公司签订仓库租赁合同，为替 T 公司无因管理，但经判决书认定其私自挪走酒品的行为属于侵权另外，也存在成立无因管理后，根据侵权责任承担相应费用的案件。如，在 Z 公司诉 H 公司、N 公司等被告案中，被告在建设厂房项目施工时存在过错，导致坍塌，造成人员伤亡，犯重大责任事故罪，原告先行垫付了善后工作的费用，构成无因管理行为。法院通过侵权责任事故的原因分析，对各方应如何返还垫付费用进行划分。





**二是与合同关系存在混淆。**司法实务中，若存在有效的合同则排除无因管理的适用，但当合同终止后，合同当事人之间发生纠纷可适用无因管理相关法律规定。例如，在 LX 公司诉王某案中，法院认为，在涉及费用问题存在于合同终止前后两个阶段是，合同终止前的费用依据合同约定计算，合同终止后的费用根据无因管理予以认定。

**三是职务关系混淆。**司法实践中，当事人之间对是履行职务关系还是进行无因管理存在争议。例如，马某诉 YX 公司案中，马某认为双方之间存在无因管理关系，但马某系 YX 公司的股东并担任监事，同时作为 YX 公司的联系人、出借款项的负责人、支付律师费的代表等身份参与 YX 公司的日常公司经营活动，案件实质是双方为费用的报销问题产生争议，不属于无因管理之范畴。

**四是与正常家庭支出混淆。**司法实践中，对于隔代抚养问题，存在是否成立无因管理的争议。例如，俞某兴、浦某诉俞某峰、张某案中，因儿子儿媳离婚，祖父母以无因管理为权利基础请求二人返还抚养费和劳务费。法院认为，血脉亲情不因离婚而割裂，虽然俞某兴、浦某在照顾俞某勒的生活上确实付出了劳务与金钱，而这种付出，不应解读为简单的金钱关系，在此过程中，祖父母与孙子女之间亦维系了亲情。在各方均尽到抚养义务的情形下，仅因离婚而提起给付费用的诉讼，缺乏法律及事实依据，亦不利于各方当事人开展新的生活。又如，顾某诉陈某案中，原告儿子与被告结婚后发生车祸，被告与原告儿子解除婚姻关系后，原告向被告主张婚姻存续期间的医疗费。法院认为，原告救助儿子系因血缘关系及亲情的救助属于道义上的行为，不足以产生民事法律后果更为符合常理和社会现实。

**五是与不当得利相混淆。**无因管理与不当得利作为非合同和侵权之外的民事关系，两者在司法实务中可能存在混淆的情况。例如，在朱某亮诉朱某华案中，原告在养老院卧病期间，被告参与照顾，保管原告证件，并从中取走款项，后原告被宣告成为无民事行为能力人，其儿子为监护人，被告仍未经监护人允许取走款项。法院认为，由于被告对原告并无法定的扶养义务，被告为看护所支出的费用构成无因管理，但部分费用来自于原告存款，被告从原告银行卡中所提款项构成不当得利，抵扣与无因管理必要支出费用重合部分后应返还。



### 3.在举证方面存在困难。

经统计，本文收集的文书中，有 14 件案件因举证问题未得到法院支持。经进一步梳理，可归纳出在证据认定方面存在如下难点：

**一是被管理一方需要对无法律上的依据进行举证。**司法实务中，一般需要被管理人对双方之间无法律上的依据进行举证。例如，在牟某诉 FT 公司案中，法院认为，FT 公司、江某刚虽辩称牟某与冯开科等人之间可能存在内部的承包、劳务合作或其他方面的关系，但并未提供证据予以证明，在案证据不足以证明牟某与冯某等人之间存在任何法律关系，其既无法定义务，又无约定义务向其支付运费，最终法院认定为无因管理。又如，如在 DJ 公司诉某部队案中，法院认为，某部队辩称双方系租赁关系，但双方针对系争地块具的委托书对于具体委托事项、委托期限均无约定。而且某部队系正规编制的军事单位，对于营房管理、后勤保障等均有专门制度，不可能将营房所在地委托给他人管理十多年而不问津。因此，法院认为 DJ 公司主张双方系委托关系，不符合客观事实，故以无因管理对其进行认定。

**二是管理人对自己遭受损失或损害的举证。**司法实务中，对于管理人因管理实务造成的损失，认定标准较为严格。例如，在傅某诉崔雯某案中，原告向被告主张由于救火烧伤卧病所造成的误工费用，但是原告提供银行流水未注明是工资收入，法院认为，误工损失证明仅是说明未参与相关项目的损失，是预期损失、具有不确定性，难以支持原告要求误工损失赔偿的请求。

**三是相对人因此获利的举证。**管理人需要证明自己的管理行为给被管理人带来利益。例如，在范某诉 DQYX 公司一案中，原告以无因管理为权利基础，主张被告向原告归还直播保证金，法院认为，原告支付凭证中未记载用途，无法认定为原告为被告代支付淘宝账户保证金的行为；同时，原告无法证明不支付淘宝保证金将导致被告利益受损失，抑或是证明只要存在支付保证金的情节，被告就能够从淘宝直播中获取利益。因此，难以认定相对人因此获利。又如，在 DF 公司诉 HF 公司、XT 公司、TY 公司案中，案涉厂房由原告 DF 公司出租给 HF 公司，后转租给被告 XT 公司、TY 公司，厂房及其中货物因火灾受损。事后原告开展租户清退工作，并向三被告发送《危险品》处理通知，因三被告未处理，原告委托保洁公司清运危废品。法院认为，在正常情况下，承租人腾退时理应负责



将相关物品搬离并清理，然本案中 DF 公司已完成了房屋全部清退工作，DF 公司接受房屋并予以确认，双方就房屋租赁合同纠纷案无其他争议。DF 公司在接收房屋后，理应自行处理相关物品。可见，管理行为是为自身利益还是为他人利益需要管理人进一步予以证明。

### 三、完善无因管理相关案件适用法律问题的建议

#### 1. 对法定义务的范围进一步明确。

法定义务是指由宪法和法律所规定的义务，具有强制性。这种义务既包括因民法上的直接规定而发生的义务，亦包括因其他法上的直接规定而发生的义务。有无法定义务作为判断无因管理的重要依据，其范围将直接影响到管理人和本人之间的利益平衡，而在裁判中仍存在法定义务范围不明确或一笔带过的现象，因此有待进一步讨论。

首先，无因管理中的法律所规定的义务，指的应该是广义上的法律，不仅指《民法典》上规定的内容，也应指其他法律上规定的内容，成年子女赡养年老父母的义务，不得侵犯他人人身权、财产权、知识产权的义务，合同履行中的诚实信用原则和保密原则等都属法定义务；不仅涵盖私法，也应包括公法上的义务，国家工作人员履行自身职责不构成无因管理。除法律中规定的义务之外，存在具体法律行为也可被认定为法定义务，如履行判决书中的执行要求。当事人如果对此有争议，不管是否以他人事务为意思管理，因其不满足无法定义务要件，应该先提出执行异议，而不是直接以无因管理向法院起诉。其次，有些公法虽然规定了一些义务，例如《海上交通安全法》第 36 条规定了临近船只的救助行为，但实施救助后仍构成民法中的无因管理，其产生的费用偿还请求权应获得支持。其理由在于“管理人”以自己的费用实施救助活动前，并不当然负有义务。

#### 2. 进一步明确无因管理利益归属的认定。

随着社会生活方式的革新，无因管理制度在传统理论之上均有新的发展，纷纷采取扩充解释或补充立法的方式来突破对于传统利他性主观要求的限制，新的立法已从曾经的独尊“利他”推及到了尊重“共同利益”的新局面。司法实务中，存在管理事务是因为自身利益而未能得到法院认可的情况。据此，管理行为何时为自身利益，何时为他人利益需要进一步明确。



**一是纯粹为他人利益的情形。**例如傅某诉崔某一案中，被告家中空调外机起火，原告为此实施救火及灭火行为，避免了造成更大的伤亡和损失，客观上是为被告承担了相应的管理事务，因此最终受益人是被告。

**二是为了自身利益的情形。**为他人利益管理体现了无因管理的利他性本质，也是构成无因管理所必须满足的主观要件，如果管理人不具有为他人利益管理之意思，而是为了自身利益管理事务，即使管理利益最终归属于他人，也无法被认定为无因管理。例如，在范某诉 DQYX 公司案中，原告在被告单位拥有股份，但至今未实缴出资，曾起诉主张与被告单位存在债权债务关系，法院认为，原告支付被告 100 万的凭证中未记载用途，因原告有未足缴出资的情节，因此推定其为缴纳出资额，即为自己利益之管理。

**三是为他人利益且兼为自己利益的情形。**在司法实践中，对“为他人”要件的解读呈现出和缓的趋势，认为管理人可经由解释有为他人事务管理之意思，即可满足“为他人管理”的要件。例如，在陆某诉 YD 公司案中，法院认为，原告主张无因管理之债的前提是为他人而非己利。原告租赁被告厂房后，用于自身生产经营，破产受理后至厂区拍卖，其实际使用该厂区，保安、保洁费用均系其为自身经营需要的必要开支，其目的并非为被告财产保值或减损。被告的经营行为已经停止，无需保洁，但原告聘请保安的行为客观上确实加强了对被告财产现状的维护和安全，故对于原告主张的物业管理费用属于无因管理之债，本院仅支持部分保安费用为此列，具体数额由本院酌定。”

理论与实践中的观点多主张即便管理人主要为自己之利益，但兼有为他人管理之意思，其管理行为即可被视为其符合“为他人管理”之要件。例如，为他人之意思与为自己之意思不妨并存，修理将倾之邻屋，既为邻人，亦为自己免除为限，亦不妨成立无因管理。从实际操作角度来说，只可能从管理人对于管理效果的预判来分析其主观意思，对于管理人与本人利益混同的局面，精准区分管理人是为自己而管理事物还是为本人管理事物，即无必要又无可能。在我国的司法实践中，大量的案例均为涉及管理人和本人之“共同利益”的局面。可见，及时地确认管理人对“共同利益”属性之事务管理的合法性，不仅是对于目前社会利他主义精神的重新定位，也是更为有效率的价值引导，具有重大的价值。



### 3.明确与其他法律关系混淆时的认定规则。

根据本文的梳理，在司法实务中，无因管理经常与其他法律关系混淆，导致大量案件并非符合无因管理构成要件。据此，本文认为，在司法实务中，要对无因管理与其他法律关系进行区分。

一是在立案阶段，有案件虽然案由是无因管理，但实际上存在其他法律关系，例如在 JF 公司诉黄某、郭某案中，双方当事人之间存在的是侵权关系而非无因管理。甚至，马某诉 YX 公司案中，原告在二审过程中变更案由。因此，建议在立案阶段，要严格把握立案标准，将真正属于无因管理的案件纳入该案由。

二是在事实认定方面，由于无因管理案件相较于其他合同和侵权案件来说较为复杂，同一案件中往往包含多种法律关系。例如，JX 公司诉 YA 公司案中，案涉款项认定不同，包括租金、借款、违约金、营业损失、无因管理费用、土地占有使用费等。因此，法院在审理案件的过程中，需要对每一法律关系进行仔细审查，明确每一法律关系项下当事人双方的权利和义务。

三是在文书说理方面，被管理人往往以双方存在其他法律关系为由主张不成立无因管理，但在不成立无因管理的情况下，法院对此论述较少，多数文书仅仅以引用《民法典》第 979 条的规定，认为不符合无因管理规定而不成立无因管理，未进行较为详细的阐述。

### 4.完善和规范举证责任的分配。

在认定是否构成无因管理的过程中，应恰当分配双方当事人之间的举证责任。对于双方之间是否存在其他法律关系，需要结合双方之间的实际往来情况、法律关系出现变更的时间节点等情况综合考虑认定。对于是否存在为他人谋利的情况，应由管理人初步证明后，本管理人举证未获利或为管理人本人利益。对于管理人由此遭受的损失，例如医药费、误工费等，可结合管理人提供的证据和最低工资标准等情况综合考虑。

作者：邓梦婷、蔡宇帆

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/YREBxYkUIaFPja-IL4cVcQ>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



◆ **特别声明：**

此刊物以分享为本，仅供学习研究参阅，不视为弼兴律师事务所正式法律意见或建议。所有内容摘自政府、法院的官微、官网等，仅供参考使用。如有任何问题，欢迎随时与我们联系。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)

